

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI

DONATI DAL

DOTTOR ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1º Dicembre 1805 in Firenze.

16 Maggio 1896

DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI,

Et in Neapolitano Gymnasio Juris Civilis Interpretis celeberrimi

COMMENTARIORUM

JURIS CIVILIS AD TITT.

DE MORA.
DE DONATIONIBUS.
DE CENSIBUS.

TOMUS TERTIUS.





NEAPOLI MDCCLXXVI.

EXPENSIS JOSEPHI DE LIETO.

SUPERIORUM PERMISSU.

TYPOGRAPHUS
AD LECTOREM.

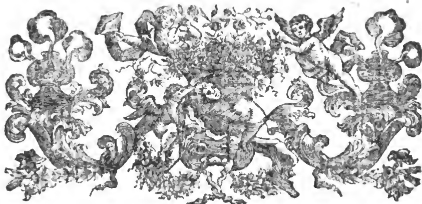


N Tertium Tomum Commentariorum de variis Materiis ad Jus Civile spectantibus Viri percelebris Dominici Aulisii Tibi exhibeo. Quanta fuerit industria, & quam improbus labor, ut ex Autographo eruerentur, & ad lucem revocarentur, ii sciunt,

sciunt, qui Autographum viderunt. Te interim monitum volo, ne æstimes mancas esse quasdam ex Materiis, quas exhibeo, quod doctissimus Auctor ita mancas reliquerit, cum forte occasio dictandi non fuerit; ut quia eam Cathedram, ut ajunt, in Gymnasio Neapolitano non fuerit consequutus, cujus eædem Materiæ propriæ fuissent, si unquam obtinuisset. Is namque ob eximiam doctrinam primarius Antecessor non multo post evasit, quam ipsi Antecessoris munus in eodem Gymnasio fuerit delatum. Ne putes tamen ita mancas esse quod desinant esse caput Operis: Auctoritas enim Præsidentis Argenti qui quia maximi habuit hos Commentarios typis dare mandavit, indicat tibi quanti haberi debeas. Vale.



DO-



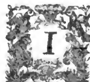
DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

COMMENTARIUS

Ad explanationem lib. XXII. Pandectarum Tit. I. de Usuris.

De Mora.



IN jure nostro semper peccatum est, vel vitiis, vel remediis, nam ante Justiniani tempora materiæ, quæ in jure tractantur, longe lateque erant a Jurisconsultis discussæ: at vero sub Justiniani Imperio dum jus compendio docere studet, sæpe nonnullæ res ita truncæ & breves relictæ sunt, ut potius ostensæ nobis, quam traditæ videantur. Hoc autem perspicuum est tum sæpe alias, tum præcipue in tractatu de Mora, de qua in titulo nostro paucæ admodum leges loquuntur, itaut nec ipsa, ut cetera omittam, definitio usquam compareat, unde tot tantæque subortæ sunt circa rem hanc Interpretum controversiæ. Verum tamen est passim in nostro jure, & sub aliis titulis varias leges haberi, quæ de mora agunt; eoque nos eas hinc inde colligemus in hoc tractatu, inque nostrum usum vertemus. Et hoc sane faciendum erat a nostris Interpretibus, qui a Justiniano potestatem habent in singulos titulos nostri juris conscribendi paratitla, ut habetur in *præfationib. Digestorum, & in §§. de concept. & confirmat. Digestorum;* etenim male putavit Cujacius paratitla esse titulorum summaria, cum re vera non sint nisi supplere ex reliquis titulis, quæ ad unum aliquem titulum pertinere videntur, ut ex Diodoro Diacono, & Matthæo Monacho Juriscon-

risconsultis græcis, docet Ægidius Menagius in libello *de Amænitatib. juris civilis cap.* 15. Igitur hoc modo nos, quæ ad hunc titulum de mora deesse putamus, operam dabimus ut suppleantur aliunde ex ipso juris corpore. Ita hic tractatus suum complementum habebit. Dividemus autem in quatuor omnino capita, ut primum sit de definitione & natura moræ, alterum de ejusdem divisione, & quomodo contrahatur, tertium de effectibus moræ, quartum quibus modis purgetur. Ita nihil deerit, quod merito desiderari possit. Est interim tractatus hic, si quis unquam alius, utillimus, æque ac difficillimus, adeout viri egregie docti non dedignati sint in eo explicando bonas horas impendere: Nam & Æmilius Feretus, & Franc. Hotomanus, & Hugo Donellus, & Stephanus Forcatulus, de eo singulares libros reliquerunt, ut omittam illos qui multa in aliis operibus hac de re inserere voluerint. Sed hic amplius immorandum non est. Sit ergo

CAP. I.

Definitio moræ.

VEtus opinio est, moram non posse definitione comprehendi. Ita primus omnium, quod sciam, docuit Uldericus Azo in *summa tit. C. de usur. num.* 6. eumque secuti sunt Acc. Bart. & frequenter Interpretes alii. Atque ita accipiendus est cum Acc. textus in *d. l. omnis definitio ff. de reg. juris*; ubi dicitur: omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit.

Cujacius in *comment. ad tit. ff. de usuris*, moram ita definit: Mora est injusta tarditas ejus, qui opportune interpellatus de re, aut pecunia, cujus nomine in eum actio est, non satisfacit, vel quidquid etiam opportune offertur, non accipit. Dixi, injusta, quo verbo significatur mala fides: nam si rem solvere distulerit bona fide, non est mora, *l.* 21. *l. mora ff. de usuris*.

Mora apud alios est dilatio cum dolo malo, vel lata culpa in solvendo, recipiendove debito. Explicatur definitio: Dicitur dilatio; quod ipsum moræ nomen demonstrat, cum mora differendi causa fiat, & quod debitor repræsentare debet, vel creditor statim accipere, in aliud tempus protrahitur, *l. sciendum ff. de usuris*. Unde spes creditoris, vel debitoris decipitur, & frustratur. Quare etiam mora dicitur frustratio in *l. in fideicomm. §. fin. ff. eod. tit. l. hominem ff. mandati*. Quare Cujac. in *l.* 23. *ff. de verb. oblig. in princ.* utrumque verbum conjungens, moram appellavit, frustratoriam dilationem. Verum fallitur Hotom. hic, cum moram definit esse culpam, cum verum sit, moram esse sub genere dilationis.

Dicitur dolo, vel lata culpa; quamvis enim moræ nomen generatim sumtum, omnem dilationem etiam innocuam significet, *l. etiam ff. ut legatorum nomine caveatur, auth. sed & lis C. de tempor. appellat.*, *cap. mora de reg. jur. lib.* 6. Generaliter tamen mora intelligitur ea, quæ vel dolum malum habet adnexum, ut in *l. qui sine ff. de reg. jur.* vel latam culpam, *l. quod te ff. de reb. creditis*. Moræ enim nomen dupliciter sumi potest; naturaliter significat omnem dilationem etiam innocuam, ut quæ fieri solet ex judicio non temere instituto, *l. etiam ff. ut legatorum nomine caveatur*.

Dicitur in solvendo, recipiendove debito; mora enim contrahitur aliquando ex parte debitoris, cum hic tempore congruo rem non solvit: aliquando ex parte creditoris, qui rem a debitore oblatam noluit recipere, ut patet ex *l. hominem ff. mandati*. Verum hic notandum est, quod licet nomen debiti in specie accipiatur pro ea re, quæ nobis non ratione dominii, sed obligationis debeatur, hoc est ex maleficio, vel contractu, *l. omnem obligationem ff. de judic. l. creditores cum duab. seqq. ff. de verb. signif.* tamen in genere accipitur pro quacumque re ex quocumque capite ad nos spectante. Quod clare ostendit Ulpianus in *l. pecuniæ verbum ff. cit. tit.* ubi habet: hoc verbum, debuit, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur. Atque ita in genere debiti nomen in nostra hac moræ definitione accipiendum est. Nomen crediti proprie mutuum, ut in *ff. de reb. creditis*. Sed extenditur ad omnes, quibus ex aliqua causa debetur, *l. creditorum ff. de verb. signif.* etiam dominus, cui injustus possessor lege obligatur suum reddere. Ita Forcatulus hic *part.* 1. *num.* 1. ex *l. obligamur §. lege ff. de O. & A.* Obligamur lege, jure honorario, necessitate, peccato, nudo consensu, nutu solo.

Hæc

Hæc est moræ definitio & perspicua simul, & exacta, quam Interpretes investigatu difficilem, inventu pene impossibilem credebant. Sed antequam alio stylum vertamus, pro uberiori hujus rei intelligentia, una & altera difficultas ad examen vocanda est. Sit ergo

QUÆSTIO I.

Utrum mora nonnunquam sine dilatione ulla contrahi possit.

ET nos plane credimus, moram sine dilatione non esse, ut ipsum moræ nomen satis per se declarat; atque ita etiam patet ex *l. sciendum ff. de usuris*, ubi aperte mora appellatur, dilatio. Sunt tamen qui in contrarium nituntur, & putant posse moram sine dilatione committi, uti est servi occisio, quam passim inter moræ species computant. Ita Æmilius Ferretus hic *n.*5. & alii cum Jo. Saporta hic *cap.*1. *n.*8.

Probant id I. ex *l. si ex legati ff. de verb. oblig.* ubi cum Pomponius dixisset, debitorem teneri de Stichi interitu, si per ipsum steterit, quo minus vivo eo, eum creditori daret; subdit hæc verba: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum. Ubi videtur Pomponius duplicem rationem contrahendæ moræ distinguere, interpellationem, & occisionem, ubi nulla dilatio. Idem habetur in *l. si servum ff. eod.* Respondet Jos. Giball. 2. *de usur. art.*6. *c.*1. *num.*1. in occisione dilationem quoque posse intelligi: neque enim est exhibitus suo tempore servus debitus, qui ante fuerat occisus, utpote qui nec exhibi potuit: & de illa mora tenetur, qui illum & debebat, & occiderat. Sed si recte perpendamus, hæc responsio non procedit, quia Pomponius in ea lege aperte ostendit, debitorem teneri ex ipso statim momento occisionis, secus ac tenetur ex ipso interpellationis. Unde falsum est asserere, eum obligari non ex die occisionis, sed ex mora, quam deinceps necessario contrahet, quia a debitore interpellatus, servum occisum præstare nequit.

Itaque pro responsione observandum est Pomp. loqui non de debitore, qui sit in mora, sed generalius de eo, cujus culpa factum est, ne res debita præstetur; potest enim per me fieri ne præstem, & tamen in mora non sim; ut si debeam tibi 100. & tamen omnem meam substantiam dilapidem; tunc utique per me stat, & tamen statim in mora non sum. Itaque in ea lege Jurisconsultus hoc agit, ut explicet, quando dicatur per debitorem stetisse ne res tradatur, & duos modos assignat, nempe moram, & rei interitum; primus continetur illis verbis: si interpellatus non dedisti; secundus illis: occidisti eum. Ita recte explicat ibi Giphan. *num.* 10. Quare omnino negandum est, servi occisionem inter moræ species esse, licet statim occisor teneatur.

Hujus responsionis veritas patet ex eo, quod alias in jure nostro aperte distinguitur occisio a mora, quod mirum est Interpretes non animadvertisse, cum id clarum sit in ipsa *l. si servum*, & clarius *l. si fidejussor ff. de dolo*, in hæc verba: Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit; quare occisio mora non est. Cum liberetur debitor, per consequentiam dimittitur fidejussor. Et liberatur debitor si animal ante moram ab alio occidatur. Itaque fidejussor occidit, & ita liberatus est non solum debitor, sed per consequentiam fidejussor. Tenetur tamen actione doli, *d. l. si fidejussor*. Obstat textus in *l. mora §. fin. ff. de usur.* ubi fidejussor Stichum promissum occidens, utili actione tenetur ex stipulatu, *l. mora ff. de verb. oblig.* Responde si dolus probetur.

Probant II. ex Marciano in *l. mora §. fin. ff. de usur.* ubi habet: Item si fidejussor solus moram fecerit, non tenetur: sicuti si Stichum promissum occiderit. Sed omnino male ex hoc textu adversarii docent, occisionem moræ esse accensendam; cum ibi aperte invicem inter se hæc duo distinguantur; nam Jurisconsultus duos casus considerat, prior est, si mora per fidejussorem contracta sit: alter si servum occiderit; itaut per verbum, sicuti, non intelligitur, quasi exemplum moræ, sed alter casus denotatur moræ similis. Unde hinc etiam apparet moram ab occisione distingui; & per consequens has omnes leges contra adversarios, & non cum eis, facere.

Stet ergo eum, qui promissum, vel debitum servum occidit, teneri statim creditori, non quidem ratione moræ, quam nullum admisit, sed quod per ipsum fit, ne res

res creditori præstetur. Idem est si debeatur equus, vel quodvis aliud animal: immo generalius de quacumque specie promissa intelligendum est, itaut si eam debitor perdat, secando, comburendo, vel alio quovis modo, statim teneatur, cum per ipsum fiat, ne tradi possit. Hoc autem in pecunia debita locum non habet, quæ etsi deperdita, mutuam tamen functionem recipit, per subrogationem alterius pecuniæ, quæ tantundem valeat, ut latius infra manifestum faciamus, ubi de effectibus moræ.

QUÆSTIO II.

Utrum ad moram requiratur dolus, an satis sit culpa.

NOn una est Interpretum sententia. Præcipua est Petri Barbosæ in *l. si mora part.2. ff. sol. matrim.* qui ait, debitorem, si tempore debito non solvat, excusari a mora, cum ex justa causa id facit, quæ scilicet eum ab omni culpa eximat: alias si ei culpa solum levis imputari potest, non liberabitur a mora; ut etiam eo fortius non liberatur, cum in dolo est.

Probat id I. ex Paulo in *l. si quis solutioni, in princ. ff. de usur.* ubi si quis distulit solvere, provocando ad judicium, non aliter excusatur a mora, quam si constiterit ex justa causa provocationem instituisse: ergo omnis culpa abesse debet; nam justa causa dici non potest, quæ habet culpam admissam.

II. Ex Cajo in *l. illud quoque ff. de petit. hered.* dum notat bonæ fidei possessorem non teneri de interitu rei etiam post litem contestatam, quia non videtur esse in mora; cum non sit cogendus temere jus suum indefensum relinquere; nam per verbum, Temera, innuit, tunc demum non videri in more, neque teneri de interitu rei, quando si jus suum indefensum relinqueret, videretur temere facere, hoc est, sine justa causa, vel probabili. Quare docet tunc excusari a mora, quando ob justam causam perseverat defendere rem, quam bona fide possidebat, itaut nulla omnino culpa ob hoc ei imputari posset.

Sed verius puto, moram non contrahi, nisi rei debitæ solutio differatur dolo, vel culpa, quæ dolo proxima sit, ut jam docuit Alciat. in *l. quod te, num. 17. ff. si certum petatur*, & Joseph Gibell. 2. *de usur. art. 1. num.* 3. Quod novis in rationibus apertum faciemus.

Et primo ratione; nam ad moram puniendam variæ a legibus pœnæ excogitatæ sunt, tum præcipue pœna usurarum, *l. cum quidam §. quid enim ff. de usur.* Usuræ autem pœna gravis est, & grave malum dicitur; itaut Hebræis recte usura dicatur, Nescîech, hoc est morsus, quo miseri debitores carpuntur, & devorantur: & Aristoph. in nebulis usuram finxit belluam immanem, quæ per dies & menses argentum semper gignat. Ausonius, velox inopes usura trucidat; & quamvis hi proprie de usura conventionali loquuti sint, tamen eadem ratione hoc idem locum habere in illis, quæ ex mora debentur, nulli dubium est. Quare merito a legibus Divinis, & Canonicis usura omnis improbata est; quidquid aliter Cl. Salmasius, Hugo Donellus, Petrus Heigius, Carolus Molinæus, & alii. Cum ergo gravis pœna usura sit, certum est non debere infligi, nisi propter dolum, vel culpam gravem, quæ dolo proxima sit, non etiam pro levi, vel levissima; nam pœna delicto par esse debet.

Probatur II. ex *l. qui sine ff. de reg. juris,* ubi qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. Unde aperte colligi potest, excusari a mora, qui litigat sive justa causa, sive etiam injusta; nam omnis causa a dolo excusat, qui calliditatem requirit, ut in *l. igitur §. potest ff. de liberali causa*. Quare fit, non posse ex culpa levi, seu levissima moram contrahi; licet secus sit de lata, quæ dolo proxima est, *l. mulier §. sed enim ff ad Trebell.* Ut se ab hujus legis obstaculo liberent Adversarii, nimium æstuant. Acc. in *l. quod te ff. de reb. creditis*, putat supplendum esse, & sine culpa; quod palam est temerarium; quoties enim utrumque leges dicere volunt, aperte id faciunt, dicendo, dolo malo, & culpa, ut in *l. item si verberatum §. fin. ff. de rei vind. l. fin. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de jactu*; sive dicendo, fraude & culpa, ut in *l. si culpa ff. de reivind. l. si liberti C. de administrat. tutorum*. At Petrus Faber in ea lege ait, illud sine dolo, debere intelligi pro

pro juste, & bona fide, & non solum animo differendi. Barbosa *num.* 4. putat dolum tunc solum requiri ad moram, cum interpellans desistit. Quæ omnia meræ nugæ sunt, & vim faciunt verbis legis.

Probatur etiam ex Pomponio, *l. quod te ff. de reb. creditis*, quæ huc illuc trahitur ab Interpretibus, & quisque pro se allegat: sed nullum adhuc recte intellexisse puto. Itaque in ea lege habetur, debitorem post moram commissam, non liberari ob rei interitum; tunc autem in mora intelligitur, cum non tradidit, vel quia dolo malo debitoris res tempore solutionis abfuit; vel quia ipse ignorabat se debere, cum tamen ex aliqua justa causa intelligere deberet, se dare oportere. Quare hic primo habetur de dolo, in quo omnes conveniunt: tum subditur de culpa lata in illis verbis: Etiamsi aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere; ubi per illud, Intelligere deberes, lata culpa innuitur; nam ignorantia in his, quæ scire debemus, lata culpa censetur, & neminem excusat, *cap. turbatur* §. *notandum* 5. *q.* 4. *gl. in cap. schisma, verbo ignorantia* 24. *q.* 1. & communi consensu Interpretes admittunt. Sed hic illud impense notandum est, justam causam ad latam culpam pertinere; itaut qui habet justam sciendi causam, & tamen ignorat, dicatur esse in culpa lata, quia injustam ignorandi causam habet. Verum hoc amplius explicandum est.

Si quis est prudentissimus, itaut omnia circumspiciat, & omnibus provideat, in nulla culpa est: qui vero est prudens, & magnam diligentiam, sed non omnem omnino adhibet, erit in culpa levissima: sed si forte imprudens sit, hoc est deses, & negligens, erit in levi: quod si fuerit imprudentissimus, nimirum in nimia & dissoluta negligentia, dicetur in lata culpa constitutus. Itaque hæc quatuor notanda sunt, prudentissimus, prudens, imprudens, imprudentissimus. Ad dolum vero requiritur, ut quis improbus sit, quo casu etiam in fraude esse dicetur.

Amplius qui causam habet, quæcumque sit justa vel injusta, excusatur a fraude & dolo, *d. l. igitur* §. *potest*; ita tamen, ut qui justam causam habeat, non possit dici nisi prudens, vel prudentissimus: quare isto casu in nulla culpa, illo solum in levissima esse dicetur. Sed qui causam quidem habet, sed injustam, hic non potest censeri, nisi imprudens, vel imprudentissimus: eoque erit in culpa levi, vel etiam lata. Hinc fit, quod qui habet justam causam sciendi, & tamen ignorat, dicatur esse non solum in culpa lata, sed etiam aliquando in levi; nam qui ita ignorat, dicitur habere injustam ignorandi causam. Quare cum Pomponius hanc ignorantiam traxit solum ad latam culpam, utique illam restrinxit. Hoc notasse satis utile est.

Nam hinc resolvuntur argumenta Barbosæ, quæ nonnullis satis difficilia visa sunt. Et primo in quantum ad Paulum in *l. si quis solutioni*, ubi qui juste ad judicium provocat, non facit moram; itaut ille tantum dicatur moram fecisse, qui injuste, seu sine justa causa provocat; respondetur verum esse hoc posse intelligi non solum de culpa lata, sed etiam de levi; tamen si Jurisconsultorum consuetudinem attendamus, non debet capi, nisi de culpa lata; etenim Pomponius in *d. l. quod te*, aperte injustam causam de lata tantum culpa accipit. Quare ita quoque intelligendus erit Paulus, & per consequens nobiscum sentiet, qui docemus, moram non contrahi nisi ex dolo, vel culpa, quæ dolo proxima sit, hoc est culpa lata. In quantum vero ad Cajum in *l. illud quoque*, eodem modo respondemus; nam ibi dicit: qui non temere litigat, non est in mora: non temere, hoc est, cum justa causa. Quare qui injustam causam litigandi habet, est in mora, hoc est in lata culpa, ut mox cum Pomponio dicebamus. Et sane in *tit. Instit. de pœna temere litigantium*, illud verbum Temere, non accipitur nisi de eo, qui dolo, vel culpa lata ad judicium provocat.

Hinc intelligitur Ulp. in *l. sciendum ff. de usur.* cum dicit, illum qui optima ratione differt, hoc est justa causa, non esse in mora, puta si exceptionem aliquam alleget; nam hic nos docet ad moram contrahendam injustam differendi causam exigi, hoc est latam culpam; itaut Paulus in sequenti lege statim subdat de dolo; dum ait, exceptionis oppositione non contrahi moram, si id ipsum fraudandi causa non simuletur.

Intelligitur etiam, quomodo accipiendus sit textus in *l. nemo rem* §. *fin. ff. de verb. oblig.* ubi generatim habetur, moram facere, qui ad-

admonitus de re debita præstanda, vel solvenda, maluit potius litigare, & judicium accipere, quam rem debitam, aut promissam præstare, aut restituere; nimirum hoc esse per dictas jam leges intelligendum, cum promissor, sive debitor, vel dolo malo, vel lata culpa, & animo tergiversandi judicium accipit, ut recte ibidem admonet Giphanius; neque enim est novum unam legem per aliam explicare, & distinguere.

Intelligitur etiam textus in *l. dolus est ff. mandati*, ubi habetur, dolus est si quis nolit solvere, cum exegerit; & sermo proprie videtur esse de procuratore, qui vel speciem, vel quantitatem meo mandato a debitoribus exegit, & eam mihi reddere, & solvere detractat; hic enim cum palam sciat se debere, ita tergiversando, cum dolo dicitur esse. Verum ex hoc textu facile colligi potest, debitorem, qui pecuniam a me accepit, cum reddere non vult, credi a lege versari in dolo saltem præsumto; nam & hic quoque se debere sine ullo dubio scit, ut ibidem Acc. advertit. Quare fallitur Jas. 3. *consil.* 31. *ad fin.* dum ex hoc textu dicit, moram semper præsupponere dolum; nam potest fieri, ut debitor qui est in mora, juste ignoret se vere debere, & eo casu non potest dici in dolo versari, ut dictum est; cum nihilominus in *d. l. dolus*, præsupponatur debitorem scire se debere, ut non solvendo dicatur esse in dolo.

CAP II.

De divisione Moræ, & qua ratione contrahatur.

Recepta est nostrorum traditio, moram in duas veluti species dividi, quarum unam Regularem vocant, Irregularem alteram. Irregularis est, quæ contrahitur absque ulla interpellatione; sed ex æquitate in quibusdam negotiis ipso jure contracta intelligitur, ut favore dotis, odio furis. Regularis e diverso per interpellationem contrahitur; sive interpellatio hominis fit, sive diei in contractu appositæ, Barbosa in *l. mora, num.* 8. *ff. sol. matr.* & alii passim. De singulis agamus.

I. Mora ex persona contrahitur, si interpellatus quis opportuno loco non solverit, quod debet, vel non acceperit, quod sibi debetur: hoc est, si quis admonuit debitorem, ut solveret, vel creditorem, ut reciperet, quod debetur, & per adversarium steterit, quo minus id fieret, satis mora facta intelligitur, *l. mora ff. de usur. l. quod te ff. de reb creditis, l. si ex legati ff. de verbor. oblig. l. qui decem ff. de solut.* & alibi sæpe. Est porro duplex interpellatio, una judicialis, quæ fit in judicio, quæque ad moram constituendam sufficit, ex *l. nemo ff. de verb. oblig.* ubi Ulp. ait, moram fecisse videri, qui maluit litigare, quam restituere, item ex *l. 1. & 4. C. de usur. & fructib. legatorum*, ubi Cujacius notat, non duci certius moræ rationem, quam ex die litis contestatæ. Altera interpellatio extrajudicialis est, quia extra judicium fit, & privatim a creditore, vel debitore, eaque ad moram constituendam etiam satis est, *l. 38. §. si actionem ff. de usur. l. Titia §. usuræ ff. de legat. 2. l. qui Romæ §. coheredes ff. de verb. oblig.* & passim alibi.

Sed quæsitum est, utrum unica extrajudicialis interpellatio ad moram constituendam sufficiat, si modo solemniter, hoc est, testato facta sit. Et respondo, id non juris, sed facti quæstionem esse. Male enim hactenus digladiatum est a nostris Interpretibus circa rem hanc, dum alii credunt iteratam interpellationem exigi, ut Æmilius Ferretus hic, a *n.* 8. Corasius 2. *miscell.* 6. alii vero unam satis esse contendunt, ut Cujacius ad Africanum *tract.* 8. & ad *l. 36. ff sol. matr.* Duarenus in *l. qui Romæ §. coheres ff. de verb. oblig* Fab. *loc. cit.* Forcat. hic *part.* 1. *num.* 10. *ad* 13. ut omittam Gibalinum, Leotardum, Pichardum in *disputatione de mora*, aliosque. Errant enim ad unum omnes, cum non animadverterint quæstionem hanc propositam esse a Martiano in *d. l. mora*, ubi ait, resolvi de jure non posse, cum ex facto pendeat apud judicem examinando. Quod amplius exponere operæ pretium erit. Cum statuisset Jurisconsultus moram ex persona fieri, si interpellatus opportuno loco non solverit; statim subdit: Quod apud Judicem examinabitur. Quid, quæso vos, examinandum est in foro circa rem hanc, nisi utrum interpellatio recte facta sit? nimirum an semel interpellasse fuerit satis, vel potius iterato, & sæpius id faciendum fuis-

fuisset. Quod & sequentia manifeste ostendunt. Hanc ergo quæstionem Martianus hic proponit, quam nos præ manibus habemus, & eam resolvi non posse ait, cum difficilis sit hujus rei definitio. Hæc verba non pertinent ad illud definitionis genus, qua rei natura quam brevissime exponitur: sed ad moræ constitutionem, idest, difficile esse definire, sive statuere, & determinare in genere, quot interpellationes ad moram ex persona exigantur: nam, ut idem Jurisconsultus subdit, facti magis quæstio est, quam juris; itaut neque constitutione ulla, neque juris auctorum quæstionibus decidi id posse videatur. Itaque aliquando una interpellatio satis erit, aliquando non. Exemplum affert ipse Marcianus in eo, qui debitori suo renunciavit, sed cum is sui potestatem faceret, omissa est repetendi debiti instantia; hoc casu non dicitur moram fecisse debitor, cum ex instantiæ remissione videatur creditor deposuisse animum per id tempus debiti repetendi. Hoc autem ex facto dependet; quare recte Jurisconsultus dicit, id apud Judicem examinari deberi, & facti, non juris quæstionem esse videre, utrum una interpellatio satis sit, an plures exigantur. Hæc est nostra circa legem illam opinio. Hinc mirari subest, qua fronte Leotardus *q.* 81. *num.* 5. dicat, quidquid veteribus visum sit, sibi tamen non videri admodum difficile esse definire, an mora contracta intelligatur. Ita sane eo quisque magis sibi sapiens videtur, quo magis ineptit.

Verum ab iis, qui sæpius interpellationem requirunt, producitur Scævola in *l. qui Romæ §. Seja ff. de verb. oblig.* ubi agens de creditore, qui constituendus est in mora per debitorem, videtur non unam oblationem, sed plures exigere; ait enim, si Seja non cessasset. Quare eodem modo, ut debitor constituatur in mora per creditorem, non semel, sed iterato interpellandus est. Quæ objectio adeo movit Alciatum, ut 1. *dispunct.* 23. verba immutaverit, docueritque legendum esse, Etsi Seja ante cessasset, quod & hodie in aliquibus impressis legitur: ut sit sensus, primam oblationem sufficere, etsi postea ab offerendo cessatum sit. Ego utramque explicationem falsam esse judico, cum nihil ibi Scævola de numero oblationum agat; nec sane agere potuit, cum Marcianus expresse de interpellationibus scribat, hoc nullis Jurisconsultorum quæstionibus unquam fuisse decisum. Dicam ergo quod sentio. Sed prius præfandum est, retinendam esse ex Codice Florentino vulgatam lectionem, nimirum, Si Seja non cessasset, ut monuit Ant. Aug. 1. *emend.* 3. *n.* 35. atque ita etiam in suo MS. legi testatur Menochius *de arbitr. casu* 220. Robertus 2. *recept. lect.* 3.

Mihi itaque videtur, illa verba, non cessasset pecuniam offerre, non denotare, opus fuisse, ut iterato pecunia offeratur, nam de hoc, uti ex Martiano patet, apud Judicem quærendum erat: sed valere, non omisisset, licet semel, offerre. Ita enim Cicero locutus est ad Q. Fratrem, Si te inimici vexare cœperint, ne cessaris me certiorem facere, ut accurram: quod tantundem valet, ac si simpliciter dixisset, me certiorem facias. Ita hic, non cessasset offerre, perinde est, ac dicere, obtulisset. De verbo cessare nos in §. *fuerat*, *q.* 3. vide. Quæ re nihil Jurisconsultus statuit de una, vel multiplici oblatione.

E diverso, qui unam interpellationem satis esse contendunt, nituntur in *l. Titia Sejo §. usuras ff. de legat.* 2. cujus hæc sunt verba: Tamen pro non mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut (usuræ) perpetuo debeantur. Verum hoc nihil facit pro hac opinione; non enim hic asseritur interpellationem semel intervenire debere, cum nulla prorsus ibi de interpellatione mentio habeatur; sed loqui solum de mora, quam Paulus ait semel requiri, ut usuræ dicantur debitæ. Nihil autem miror antiquos Interpetres ita pessime his Pauli verbis usos; miror tamen ipsos ab Antonio Fabro viro acutissimo fuisse in hac ineptia secutos, eo magis, quod jam verus illius legis sensus fuerit notatus a Corasio *loc. cit. n.* 3. Ita neque quidquam statuit Marcellus in *l. tutor pro pupillo ff. de admin. tutorum*, ubi ait: Tutor usuras præstare non debet, ex quo obtulit pecuniam; unde quis colligere posset, unicam oblationem satis esse ad constituendum creditorem in mora: & tamen ex dictis constat, nihil hic Jurisconsultum de hac re definire, cum apud Judicem hoc examinandum sit.

Concludendum itaque est, ad moram nunc unam, nunc plures interpellationes exigi. Qua in re plurimum dominatur arbitrium Ju-

Judicis, ut ipse scilicet videat ex aliis rerum, & personarum, ut dicunt, circumstantiis, & conditionibus, quot interpellationes, vel oblationes fuerint satis. Quod tandem Corasius *loc. cit. num. 9.* veritate expugnatus, fatetur. Hinc est, quod apud antiquos Jurisconsultos, dum facti speciem nobis exponunt, nunc ajunt litigatores semel, nunc sæpius interpellasse. Ita clarissime patet ex ipsomet Scævola in *d. l. qui Romæ, in princ.* ubi ait, debitorem quemdam Romæ testato creditori dixisse, paratum se esse pecuniam numerare; quæ verba ita concepta sunt, ut clare innuant, unicam interpellationem factam fuisse, ex vulgata *l. boves §. hoc sermone ff. de verb. signif.* E diverso vero in *ead. l. qui Romæ §. coheredes* proponitur, quem sæpius testato convenisse, hoc est, non semel, sed iterum, vel etiam tertio. Quod de facto ut ille sibi plenius caveret, fecit, ut notat Bart. in *d. §. Seja num. 4.* Cujacius ad Africanum *d. tract. 8 l. cum patris ff. de usur.* Forcat. *1. p. num. 13.*

Hoc idem Cujacius docet in quantum ad textum in *l. Æmilius ff. de minor.* in quo agitur de fundo vendito lege commissoria, idest, ut nisi intra certum diem pretium solutum sit, fundus inemtus fiat, quæ lex statim atque commissa est (nimirum die jam præterita) venditor statim eligere potest, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere, itaut uno electo ad aliud redire non possit, *l. si fundus §. elegantur ff. de lege commissoria*. Et proinde cum pretium post diem petit, videtur emtorem a mora liberare. Itaque Paulus in *d. l. Æmilius* ait, a venditore has denunciationes sæpe fuisse datas. Quod est, ait Cujac. simplex facti expositio, non juris constitutio, nam si semel denunciasset, adhuc fieri poterat, ut emtorem a mora intelligeretur liberasse, *d. §. elegantur*.

II. Mora ex facto est in illis obligationibus, quæ licet pure concipiantur, tamen tempore compleri videntur, ut definitur a Paulo in *l. interdum ff. de verb. oblig.* veluti si quis insulam ædificare promiserit, neque tamen cœperit ædificare intra id tempus, quod ad incipiendam insulæ ædificationem sufficere potuisset, jam dicitur moram fecisse. Ita aperte in *l. stipulationes non dividuntur §. fin. ff. eod.* Quare mirandum est de Antonio Fabro *loc. cit.* qui dicit moram non contrahi, nisi postquam transierit tempus, intra quod insula ædificari potuerit; cum in *d. §. fin.* dicatur attendi debere tempus, quod ad incipiendam insulam satis est, in hæc verba: nec si insulam fieri, ut tantum temporis prætereat, quanto insula fabricari possit, sed ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur, diesque obligationi cedit: atque ita accipiendus est Paulus idem in *l. si insulam ff. eod.* Idem prorsus est, si promiserim, quod in utero sit, aut fructus futuros; tunc enim incipit creditoris actio, & proinde debitoris mora, cum ea per rerum naturam præstari possint, *d. l. interdum*.

Sed putat Duarenus in *d. l. si insulam*, aliique, nonnullis ex lapsu illius taciti temporis solo moram non fieri in obligatione operis, sed hoc amplius & interpellationem esse necessariam, ut in obligationem dandi, *l. mora ff. de usur.* Verum in contrarium communis opinio nititur, & manifeste constat ex *d. l. stipulationes §. fin.* Nec turbat, quod Martianus in *d. l. mora*, dicat moram ex persona fieri, non ex re; quoniam in eo loco sermonem Jurisconsultus habebat de ea tantum obligatione, quæ pura omnino est, hoc est de ea, ubi tempus tacitum non inest, de qua nos loquimur in præsens. Objiciunt etiam Scævolam in *l. nulla ff. de reg. jur.* ubi ait, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio est; in cujus legis interpretatione tantopere se torquet Forcatul. *p. 1. num. 9.* Sed facilis responsio est, petitionem non idem esse, ac interpellationem, sed denotare jus petendi quod sibi debetur, *l. pecuniæ verbum ff. de verb. signif.* & recte ait Scævola, moram non committi a debitore, nisi jam creditor contra ipsum jus petendi habeat.

Ratio vero cur in obligatione, pura, cui tempus inest, mora ex transitu temporis committatur: in obligatione vero omnino pura interpellatione sit opus; inde pendet, quod in pura obligatione arbitrio creditoris conceditur temporis laxamentum debitori, eoque necesse est, ut ipse creditor moneat debitorem se amplius tempus laxare nolle. At vero si obligationi tempus inest, tempore adveniente, nullum amplius laxamentum concedi intelligitur, cum satis sit, quod interfuit ex tempore, quod inest. Unde fit tempus ipsum pro

pro homine interpellare. Et notandum est, quod Venulejus ait in *l. continuus* §. *cum ita ff. de verb. obl.* in his negotiis Judicem, idest, virum bonum æstimare debere, quanto tempore diligens paterfamilias facere potuisset, quod se facturum promisit. Cum vero Giphanius distinguit inter obligationem dandi & faciendi, frustra est, eo quod tacitum tempus non solum in obligatione faciendi inest, veluti insulam fieri: sed etiam inesse potest in obligatione dandi, ut si promittam fœtus gregium, fructus futuros, *d. l. interdum*.

III. Mora fit ex diei expresse adventu in qua aliquid solvi, vel præstari debet; statim enim ac lapsa est dies, mora facta intelligitur etiam non interpellante creditore. Unde illud ortum est, Dies interpellat pro homine. Ita Hormen. 3 *Prochiri* 5. Cujac. in *l. 17. ff. de constit. pecun.* & in *l. trajectitiæ ff. de act. & oblig.* Hotom. hic *n. 9.* Donell. 16. *comment.* 2. & passim alii. Et patet tum ex mox recitatis; tum præsertim ex eo, quod Paulus scripserit ad diem sub pœna promissa pecunia, & ante diem mortuo promissore, non ideo minus pœnam committi, eoque moram fieri, licet non sit adita ejus hereditas, *l. uit ff de naut. fœn. l. ad diem ff. de verb. oblig.* ubi Alciat ait, cum nulla hic fiat curatoris, vel interpellationis mentio, satis probari ipso jure moram per diei adjectæ transitum committi. Idem constat ex *l. pecuniæ* § *usurarum ff. de usur. l. 3. ff. de in litem jur. l. magnum C. de contr. emt. l. Thais* § *intra ff. de fideic. lib.*

IV. Fit mora ex adventu conditionis, vel diei incertæ, quæ pro conditione est Verum quæritur num interpellatione sit opus. Et Ant. Gubertus hic *c. 4. num. 43. & seq.* distinguit inter conditionem, cujus eventus in incerto est, ut puta, si navis ex Asia venerit, & eam, quæ omnino extitura est, tametsi quo die extitura sit, ignoretur, veluti, si moriar. Itaque cum dubius est conditionis eventus, mora non fit, nisi interpellatio accedat; quia debitor prævidere non potest conditionis diem, ut tunc præsentem pecuniam habeat. At si omnino extitura conditio est, quoniam tunc diei certo comparatur, *l. si pupillus ff de novationibus*, *l nam si cum 17. de condict. indeb.* solo conditionis eventu moram fieri ait, modo eventum debitor non ignoret.

Verum Leotard. *q. 81. a num 36.* putat conditionis eventum, etiam ejus, de qua incertum est, an sit extitura, si non aliud obstat, eum qui ea adveniente solvere tenetur, in mora constituere. Movetur ex *l. evictis ff. de usur.* ubi convenerat sub conditione si agri venditi evincerentur, ut venditor pretium restitueret, nec quidquam de usuris expressum est, tamen evictione sequuta usuræ una cum pretio refunduntur emtori: & proinde sine interpellatione casus evictionis venditorem in mora constituit, tametsi incertum esset, an conditio esset extitura. Ipse enim conditionis eventus pro homine interpellat, nec alia admonitione opus est, cum ab initio conventum est, ut adveniente conditione solveret, *l. 26. ff. de transactionib. l 1. §. ult. ff. de action. emti.*

Ceterum verius est omni casu per conditionis eventum moram non contrahi, nisi hominis interpellatio accedat. Ita vulgo receptum testatur Jason. in *l. quoties n. 2. ff. de verb. oblig.* Ant. Gomez *lib 2. cap. 1. n. 31.* Forcat. *3. p. num. 6* aliique. Ratio satis evidens est; nam cum dies certa solutioni definita est, potuit satis a debitore prævideri, qui talem legem sibi dici passus est, eoque sine interpellatione mora committitur. At dubium est, an veniat conditio & quando; quare nisi hoc casu interpellatio accedat, eventus rei incertus in mora non constituet. Hinc regula est, ut quæ pro certo prævideri queunt, in mora, vel in culpa constituant, non quæ sub incerto, *l. sed & si quis* §. *si feriæ ff. ex quibus causis majores*, *l. si quis domum* §. *fin. ff. locati*. Neque objicias, quod modo diximus de conditione pura, cui tempus insit, per temporis lapsum moram committi; nam sciendum est in tali obligatione tempus quodammodo certum esse, & saltem boni viri arbitrio definiri posse, ut jam notavimus ex Venulejo in *d. l. continuus* §. *cum ita ff. de verbor. oblig.* & secus esse in conditionis eventu, ubi tempus omnino incertum est, nec in consiliis nostris, sed in volubilitate fortunæ positum Eoque nil mirum si hoc casu interpellatio requiritur, in illo non item.

Hinc recipienda distinctio Guberti non est; nam etsi certum sit conditionem illam, Si morias, omnino eventuram esse; tamen incertum omnino tempus est, quando tandem eve-

eveniet: nec quidquam inopinatum magis est, ut ajebat Forcatulus, quam mortis impressio senibus sæpe lentissimæ, & juvenibus insidiosæ, licet neutros obliviscatur. Conditio, quæ omnino extitura est, multum interest, utrum stipulationi, an legato adscripta sit, Acc. in *l. Julianus*, *v. proficiscitur, in prima solutione*. In conditione duo possunt esse dubia, unum de eventu, an scilicet res extitura sit, an non: alterum de tempore, quo res extitura sit, an non: alterum de tempore, quo res extitura est, vivo creditore an mortuo.

In contractibus dubius tantum eventus conditionis attenditur, non etiam tempus, cum nihil intersit, utrum vivo, an mortuo creditore res existat, dummodo existat; semper enim ad ipsius heredem transmittitur. §. *omnis Institutionib. de verb. oblig.* Unde factum est, ut qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, pure videatur stipulari, *l. si pupillus* §. 1. *ff. de novationib.* Non tamen hæc stipulatio omnino pura censenda est, sed assimulari debet ei, cui tempus tacite inest; propterea quod statim promissum est, exigi non potest, sed expectandum est tempus eventus; ita tamen, ut si debitor interim solvat, repetere non possit, tanquam indebitum, *l. Julianus ff. de condict. indebiti*.

At secus est in legato, ubi tempus, quo conditio extitura est, attenditur; nam quod vivo legatario existit, ad ejus heredem transmittitur: quod vero eo mortuo, non transmittitur. Ob hoc ergo dubium circa tempus, quod in legato interest scire, fit, ut legatum sub conditione, quæ omnino extitura est, vere pro conditionali habeatur, *l. hujusmodi ff. quando dies legat. cedat*.

Cum vero dicit conditionem, quæ omnino est extitura, diei certo comparari, fallitur omnino, cum aperte pro pura declaretur in *l. si pupillus ff. de novationib.* in hæc verba: qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, pure videtur stipulari. Ubi mirum in modum errat Acc. cum concedendo hanc stipulationem non esse conditionalem, ait tamen in diem esse; errat, inquam, quia pura stipulatio non solum opponitur conditionali, sed etiam ei, quæ in diem est, *d.* §. *omnis, de verb. oblig.* Est ergo vere pura: Nec obstat, quod statim exigi non potest, sed expectandus eventus, quia in aliis etiam puris obligationibus præsens exactio non admittitur, ut in stipulatione annua, & in ea, cui locus inseritur, §. *at si ita* § *loca etiam eod. tit.* Cum ergo obligatio sub conditione omnino extitura, censeatur pro pura, merito fit, ut si per errorem ante solvam, repetitio non conceditur, *d. l. nam si cum ff. de condict. indebiti*.

Neque e diverso verum est, quod Leotardus putabat, ipso conditionis eventu, absque interpellatione moram contrahi. Neque hoc probatur ex *d. l. evictis ff. de usur.* cum ibi usuræ non debeantur ratione moræ, sed fructuum, quos interim e pretio soluto venditor percipit. Species enim ita se habet. Evictis agris, petebam a venditore tum agrorum pretium, ut initio pacti eramus, tum usuras, de quibus nihil convenerat. Concordamus in hoc usuras deberi; sed discordia e diverso erat de die, a qua deberi intelligerentur. Equidem emtor dicebam a dominio lite inchoata (hoc est a litis contestatione) debitas, ea ratione, quod ab eo die egi fructus agrorum adversario restituere teneor. Quare si ego fructus agrorum interim non lucror, neque venditor fructus pecuniæ sibi acquirere debet. Ita ergo ratione fructuum usuras peto. Verum e contrario venditor, sed ad usuras obligatum ait a die, quo facta est evictio, nimirum lite finita. Et hoc probat Scævola, quia incommodum medii temporis, hoc est a die contestata usque ad sententiam, emtoris damnum est. Sed dices, cur concordant in hoc, ut usuræ debeantur, etiamsi de illis nihil esset conventum, neque ulla interpellatio facta sit? Responsio est in promtu; quoniam enim pretium semper emtori restituendum est post evictionem, etiamsi ea de re nihil conventum sit; inde est, quod quoties expresse de pretio restituendo convenimus, res omnino frustratoria & inanis gesta esset, si secuta evictione nil præter pretium esset restituendum. Ne igitur hoc dicamus, statutum est, ut hoc casu conventio de pretio etiam usuras comprehenderet. Quod locum habet in contractibus bonæ fidei, non etiam in illis, qui stricti juris sunt. Est itaque casus singularis.

V. Fit mora in obligatione pura, ex re potius, & ex singulari creditoris privilegio, nulla denunciatione facta, itaut statim ac debet, debitor in mora esse intelligatur. Et hæc

hæc dicitur mora re ipsa, *l. in minorum C. in quibus causis restit. in integrum*. Idque I. fit odio furis, qui semper a die furti commissi moram facere intelligitur, adeoque cum res condicitur, æstimatio secundum id tempus sumitur, quo res plurimi fuit, *l. in re furtiva §. 1. ff. de condictione furtiva*. II. Favore minorum 25. annis, quibus a D. Marco & Severo concessum est, ut pro pecuniariis fideicommissis, quæ ipsis relicta sunt, usuræ debeantur a die, quo peti potuit, *l. cum vero §. apparet ff. de fideicomm. libert. l. Titia Sejo §. usuras ff. de legat.* 2. Quod deinde paulatim receptum est, ut locum haberet etiam in legatis, & in contractibus per minores initis, ut scilicet re ipsa, & solo tempore tardæ solutionis mora facta intelligatur. Quod deinde lege sanxerunt Diocletianus & Maximianus in *l. in minorum C. in quibus causis restitutio*. In aliis vero casibus debent minores interpellare, ut in mora debitores constituant, Æmilius Ferretus *num.9.* Menochius *casu* 220. *num.* 17. *in fine*. Hæc mora re ipsa finitur, emensa minori ætate; & ut iterum debitor in mora constituatur, interpellatio necessaria est, *l. Titia Sejo §. usuras ff. de legat.* 2. In aliis moris sufficit eam semel intervenisse, ut usuræ perpetuo debeantur, ut ibidem habetur. III. Hoc ab Ulpiano extensum fuit ad fideicommissariam libertatem servo relictam: ut puta, si ancillæ prægnanti libertas relicta sit, & libertas jam peti possit, nec tamen petatur: interim vero ancillæ filius natus sit, cum deinde mater libertatem adipiscetur, ipsi etiam filius tradetur, ut eum de manu mittat, eoque filius erit matris libertus. Ex die, quo libertas petita est, filius ingenuus nascitur, *l. cum vero §. 1. ff. de fideicom. libert.*

Sed antequam ulterius progrediamur, sciendum antiquos non omnes inter se convenire, utrum his casibus dicant moram inesse, an contra. Certe negat Paulus in *l. Titia §. usuras ff. de legat.* 2. in hæc verba: *Quamvis enim constitutum sit, ut minoribus 25. annis usuræ omnino præstentur, tamen non pro mora hoc habendum est*; & nihilominus hoc casu moram omnino esse, statuit Diocletianus in *l. minorum C. in quibus causis restitutio in integrum*, *l. si tamen ff. de minorib.* in quibus dicitur mora re vel re ipsa. Quam disceptationem ideo inductam putat Gibalinus *lib.2. cap.6. art.1. num.8.* quod non sit mora secundum regulas juris, quæ interpellationem exigunt: sed sit ex creditoris privilegio. Non esse moram probatur: I. Quia si esset, non opus fuisset constitutione Severi, ut ex ea debeantur usuræ minoribus. Vetus enim lex erat, ex mora usuras deberi. II. Quia usuræ non deberentur solis minoribus, sed etiam ceteris. Dices, si mora non est; ergo culpa & dolus abest, & proinde qua ratione usuræ debentur, quæ non ob lucrum exigentium, sed ob pœnam non solventium infliguntur, *l. cum quidam ff. eod.*

Hæc in nostro Jure sunt expressa, videamus modo ad quas etiam personas id produxerint Interpretes.

I. In Ecclesiis, & aliis venerabilibus locis moram etiam reipsa committi volunt. Ita de communi Covar. 3. *var.* 17. *num.* 4. Everard. in *locis legalibus loc.* 133. *num.* 5. Surd. *dec.* 13. *&* 25. Idque duplici ratione assertum est, quia Ecclesia jure minorum utitur, *cap.1. & 3. de integ. restit.* & proinde recte argumentum a minoribus ad piam caussam, ecclesiamque duci potest: tum etiam quia Justinianus in *l.46.C.de Episc. & Cleric.* jussit heredes, si distulerint præstare, & facere, quæ favore Ecclesiæ, & aliorum venerabiliorum locorum in testamento disposita sunt, solvere fructus, & reditus, & omnem legitimam accessionem ex die mortis testatoris, quod ipso jure ab eo mora facta intelligatur. Idemque fere habetur in *Nov.* 131. §. *si autem*, ibique Cujac.

II. Favore Reipublicæ, ut scilicet debitores ipsius re, & ex solo tempore tardæ solutionis, moram facere videantur, quia etiam Respublica jure minorum utitur, *l.4. C. ex quibus causis majores*, *l. Remp. C. de jure Reip. lib.*11. Et eadem ratione oppida, & municipia, quæ ut ait Leotard. *q.*82. *n.* 7. plusquam minores sunt. Habent enim minores suos curatores, qui satisdare tenentur res eorum salvas fore, etiamsi minor, nec alius quispiam id expostulet: oppida vero, & civitates Curatores non habent, sed destructores, qui eas diripiunt. Sane administratores earum non satisdant, & multa conniventibus oculis transmittunt.

III. Hoc idem locum habere in fisco sta-

 tuunt.

tuunt. Ita communiter post Acc. in *l. cum quidam §. fiscus ff. de usuris*. Menoch. *de arbitr. casu* 220. *n*.8. Ferretus hic *n*.9. Cujacius 22. *obs*.34. licet ambigat Leotardus *q*. 22. *a n*.7. *ad* 13.

I. Id probat Menochius ex Ulpiano in *l. item veniente* 22. §. *petitam ff. de petit. hereditat.* cum enim Senatusconsultum tempore Hadriani conditum loqueretur de hereditate fisco delata, & statutum esset, ne fiscus peteret usuras pecuniae redactae ex pretio rerum caducarum, quae fuerint ante fisci petitionem divenditae ab iis, qui se heredes esse existimabant; ait Jurisconsultus tunc intelligi petitum a fisco, cum possidendi denunciatum est, nam tunc incipit esse malae fidei possessor. Et haec est mora, quae sine ullo privilegio per interpellationem oritur. Petit tum Ulpianus, Quid ergo si possessor scit quidem res esse caducas, Fiscus autem ei non denunciat, an incipiat usuras debere pecuniae redactae? Et respondet eum debere; caepit enim malae fidei possessor esse. Et haec est mora orta, sine interpellatione ex privilegio fisci. Hujus argumenti vim ne attingit quidem Leotardus *loc. cit.* & frustra objecit in §. antecedenti ab Ulpiano asseri Senatusconsultum in privatorum quoque petitionibus locum habere, licet in publica causa factum sit; respondetur enim, ex hoc nihil elici posse contra supradictam sententiam, nam & privati aliquando hoc privilegio fruuntur, ut mora sine interpellatione contracta intelligatur.

II. Probat Ferretus ex Paulo in *l. cum quidam §. fiscus ff. de usur.* ubi fiscus ex suis contractibus pecunias non dat, sed ipse accipit, ut solet a foricariis, alias fornicariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus: cum autem in locum privati succedit, etiam dare solet; verba enim illa, *Qui tardius pecuniam inferunt*, non solum comprehendunt moram ex interpellatione, vel die, sed etiam privilegiariam, ut patet ex *l*.3. *C. in quibus causis restitutio in integrum non est necessaria*, in qua jus singulare constitutum est favore minorum, ut eis ex solo tempore tardae solutionis mora fiat. Ita quoque aliquando tardius solvere dicitur, qui diem conventam & constitutam praeterire sinit, ut accipiendus est Paulus idem in *d. l. cum quidam §. ex locato*, ubi ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora (scilicet contracta per interpellationem) praestare debet; quamvis Leotardus *num* 22. hunc textum acceperit etiam de usura privilegiaria; non animadvertendo ad verbum convenerit.

III. Probat idem Ferretus ex *l*. 4. *C. ex quibus causis majores*, unde constat Rempublicam jure minorum uti solere. Verum ne erremus, hoc argumentum nihil probat pro fisco, cum omnino diversa sit Respublica, & fiscus, ut palam est ex tit. *C. ne fiscus vel respublica*, & ex *tit. de jure fisci, & reipub.* & ex *l*.6. *&* 8. *ff. de muner. & honor. l*.1. *C. de defensorib. civitatum*, & ex aliis plerisque locis; adeout fiscus jure privatorum utatur, *l. si pignus ff. qui pot. in pign. l*.3. *C. de reivind l*.2. *&* 6. *C. de jure fisci*, *l*. 27. *ff. eod. tit.* & ex Ammiano Marcellino *lib*.25. habetur, Julianum Imperatorem dixisse, se aequasse jura fisci cum privatis, ut refert Cujacius in *l*.5. *ff. de jure fisci*. Qua ergo ratione a republica ad fiscum potest recte argumentum duci? Quod etiam patet, quia passim Civitates respublicae dicuntur, quas certum est non habuisse fiscum, ut Civitas Comanensium *l*. 10. *C. de injuriis*, Thessalonicensium *l*.23. *C. de evictionibus*, item Civitas Aphrodisiensium in *novell*. 160. Nec uspiam in jure civili scriptum est, fiscum jure minorum uti. Itaque hoc argumento non probatur communis sententia, quae hoc privilegium tribuit fisco: quae tamen satis ex supradictis firma remanet.

CAP. III.

De effectibus Morae.

Quoniam mora inter delicta a jure civili computatur, & imponitur multae poenae adversus eum qui committit, *l*. 3. §. *fin. ff. de usur.* ideo qui in mora est, poenae statutae reperiuntur, quae dicuntur effectus morae: verum quia potest mora committi vel ex parte creditoris, qui rem oblatam noluit recipere, vel ex parte debitoris, qui rem debitoris noluit recipere, vel ex parte debitoris, qui rem debitam noluit solvere; hinc fit, ut praesens omnis tractatio in duas partes dividi oporteat. Sit itaque

De

De effectibus Moræ Debitoris.

PRimus est, quod licet debitor ante moram de interitu rei non teneatur, ut jam dictum est; tamen si res sua & naturali morte post moram commissam perierit, debitor tenetur, *l. nemo* §.1. *ff. de verb. oblig.* Sed hoc ita absolute dictum varias, magnasque patitur difficultates; ideo varie nonnulli distinguunt. Giphanius itaque ad *l. si ex legati n.* 17. *de verb. oblig.* ita distinguit, ut scilicet naturalis interitus rei pertineat ad dominum, sive petitorem, si æque res fuerat peritura apud ipsum; pertineat vero ad possessorem, si non æque. Vocat autem Giph. æque perituram, quæ si esset data, ac restituta a debitore, non fuisset vendita, aut distracta a petitore, ut quia non potuerit eam vendere, aut etiam noluerit. Quod si autem potuit vendere, & non fuit ei restituta, hoc casu si periit apud debitorem, non potest dici æque perituram fuisse apud creditorem, quia ille eam distraxisset. Est autem hujus distinctionis æquitas, sive ratio, cur uno casu naturalis interitus ad debitorem, altero ad creditorem pertineat, ista; quia cum creditor rem vendere potuit, & porro pretium inde consequi: id autem impedivit debitor morando, æquum sit ei moram hanc suam nocere, & non creditori. Cum vero non fuerat venditurus, nihil est, quod conqueratur creditor: id enim, quod solum conqueri potuerit de pretio, jam locum non habet, quia præsupponimus eum non fuisse venditurum.

Sed dices: debitor semper dicat, se fuisse venditurum. Respondet Giphan. id facile per Judicem æstimabitur, considerata & personæ, & temporis, & rei qualitate, ut si creditor sit pupillus. Hic certe etiamsi vellet, alienare non posset, sine decreto. Imo si habeat, unde se substentet, & creditoribus satisfaciat, ne ex decreto quidem permittitur alienatio rerum pupillarium, *l.* 1. *ff. de reb. eorum qui sub tutore*. Quid si tempora sint, aut pestilentiæ, aut belli, quibus non facile reperiatur emtor? Quid si res sit ea, quam nemo facile emere velit, ut si fundus sit pestilens, servus nequam? Hac distinctione Giph. leges omnes, quæ de hac re loquuntur, & quas nos mox afferemus, concordat. Verum nos ab eo recedendum putamus.

Et plane res satis difficilis est: nec levis momenti controversia antiquis ipsis Jurisconsultis visa est, qui etiam sibi invicem adversari videntur in *l. illud quoque ff. de petitione hered. l. si plures* §. *ult ff. de legat.* 1. *l. quod te ff. de reb. credit. l. item si verberatum* §. *ult. ff. de rei vindicat.* Verum nos, aliorum opinamentis insuper habitis, & tribus casibus distinctis, omnes ad concordiam reducemus.

Primus est in prædone. In hoc ex sententia Proculi semper locum habet, ut ipse de interitu rei etiam naturali teneretur, post moram, quæ tamen mora incipit ab illa ipsa die, in qua furtum commissum est: idque approbat Paulus in *l. illud quoque*. Porto in prædone moram intelligi a die furti commissi, & monuimus supra, & patet ex *l. in re furtiva* §.1. *ff. de condictione furtiva*. Ratio hujus rei cuivis obvia est.

Secundus est in bonæ fidei possessore. Qua in re a Cassio statutum est, ut in eo nulla ex rei interitu obligatio nascatur. Ut puta: Equum tuum in hereditate inventum bona fide, tanquam meum, possideo: ante legitimum usucapionis triennium lis a te mihi contestatur, & in mora constituor: sed pendente judicio equus moritur; non per hoc equi æstimationem præstabo. Quod & Paulo placuit in *l. illud quoque*, ea ratione, quia injustum est, talem possessorem aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.

Verum hæc inter Proculum & Cassium conciliatio introducta fuit a Paulo ipso in *d. l. illud*. Quod ut plenius perspici queat, oratione D. Hadriani statutum est, si quis hereditatis possessor conventus sit, ut eam vero heredi restituat, & inter ipsos lis orta & contestata sit; statutum, inquam, est, ut post acceptum judicium, seu condemnationem rei sequutam, id actori, pariterque victori præstetur, quod habiturus fuisset, si eo tempore, quo petiit, restituta fuisset hereditas.

Verum Paulus ibidem ait, hoc interdum durum esse, maxime si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint. Petit igitur Paulus, num hoc etiam

etiam casu reus conventus teneatur? Et respondet quidem teneri; tum quia ita omnino verba orationis jubent; tum etiam ratione, quia potuit petitor, restituta hereditate, ea distraxisse.

Verum quia hoc, ut dixit, in aliquibus casibus durum videri poterat, inquit Paulus, quid de hac tota controversia priores Jurisconsulti censuerint. Et ait, hoc ab illis quæsitum esse in specialibus petitionibus, hoc est cum de rebus singulis restituendis agitur. Nihil autem obstat, quin quæ illi dixerint, accommodentur etiam petitioni hereditatis, quæ petitio universalis est. Pergit ergo Paulus, notatque in ea difficultate sibi invicem adversari Proculum & Celsum, quorum ille etiam quæ perierint morte sua post litem contestatam, restitui debere dicebat, hic vero contra. Quare ita Jurisconsultus eos concordat, ut Proculus recte sentiat in prædone: Celsus in bonæ fidei possessore. Hac ergo ipse etiam usus distinctione respondet in quæstione de petitione hereditatis, interpretando eo modo orationem D. Hadriani. Hæc omnia habentur in *d. lege*, ubi illud mirari occurrit, quod Paulus nihil ibi statuere videtur de eo, qui malæ fidei possessor sit. Sed vero res secus se habet, ut jam patebit.

Tertius igitur casus est in possessore malæ fidei. Et nobis videtur distinguendum, eum teneri, si petitor rem fuisset distracturus. Non teneri, si non fuisset; nam aliter dicere durum erit. Et ita sane intelligendus est Paulus modo citatus, cum ait verba orationis D. Hadriani, & rationem suadere, reum teneri ad omnia restituenda, si petitor erat distracturus; hoc est ut intelligamus, hoc ita demum verum esse, si conveniatur malæ fidei possessor; nam deinde subjicit de possessore bonæ fidei, quem ait nunquam teneri: & de prædone, quem semper obligari affirmat. Giphanius ergo in hoc fallitur, quod hanc distinctionem in omni casu locum habere voluerit, cum tamen in uno procedat, hoc est in eo, quo quis bonæ fidei possessor est.

Obstare tamen videtur Ulpianus in *l. item si verberatum §. ult. ff. de rei vind.* ubi generatim loquitur, aitque, si servus petitus, vel aliud animal demortuum sit, sine dolo, & culpa possessoris, ita distinguendum esse, ut succurri debeat petitori, si erat distracturus: secus non. Verum responsio in promtu est, nimirum Ulpianum, licet generatim loquatur, esse tamen distinguendum ex Paulo in *d. l. illud*; neque enim novum est in jure nostro unam legem per aliam explicari, distingui, restringi, vel produci. Itaque dicendum est Ulp. capiendum etiam esse de possessore malæ fidei, non item de aliis, in quibus, ut visum est, nulla distinctio locum habet. Ita quoque accipiemus Ulp. ipsum in *l. cum res legata §. ult. ff. de legat.* 1. ubi ait: Item si fundus chasmate perit. Labeo ait, utique æstimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit. Potuit enim acceptum legatarius vendere. Et recte sane, nam heres fundi ex legato debitor, malæ fidei possessori comparatur, cum certo sciat fundum alteri deberi; itaque hic etiam jam tradita distinctione utendum erat.

Hinc etiam intelligitur, quomodo accipiendi sint Sabinus, & Cassius, qui referente Cajo in *l. si plures §. ult. ff. depositi*, docuerunt, depositarium, qui malæ fidei possessor est, de interitu etiam post litem contestatam, hoc est post moram, non teneri. Hoc videlicet ita demum verum esse, si petitor non erat distracturus, quia æquum est, inquit, naturalem interitum ad actorem pertinere.

Intelligitur etiam Jurisconsultus in *l. quod te ff. si certum petatur*, ubi primum Pomponius affert ea verba Sabini: Quod te mihi dare oporteat, si postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat, hoc est rei, quæ dari debet, interitus, ad debitorem spectat, si is interitus accidat postea, quam per debitorem factum sit, quo minus daret. Deinde adjungit Pomponius, quid sit, & quando dicatur per debitorem factum esse: & ait, per debitorem stare, aut factum dici, non solum si per eum factum fuerit, ut res non esset in ejus potestate, sed etiamsi licet in potestate sit, tamen non dederit, cum deberet dare, puta cum esset interpellatus. Indicat igitur Pomp. duos modos, quibus stat per aliquem, sive factum esse dicitur, quo minus rem daret, nempe mo-

moram, & rei interitum, sive absentiam. Quod etiam habetur in *l. si ex legati* 23. *ff. de verb. oblig.*

Utrum dandi, faciendive difficultate reus evadat Moram.

NOn unus hic casus discentiendus est. Prior est in debitore quantitatis, ut si qui centum solvere promisit, pecuniam, quam corroget, non inveniat. Et tres hac in re Interpretum opiniones. Prima est Bart. alio-rumque in *l. quod te ff. si certum petatur*, quam sequitur Honoratus Leotardus *de usur. q.* 84. *a num.* 31. & est, ex hac causa non excusari debitorem, quo minus moram fecisse intelligatur.

Et maximopere moventur ex Venulejo in *l. continuus §. illud ff. de verb. oblig.* ubi ait ex stipulatione centum dari, confestim agi posse, etiamsi promissor ea centum neque domi ipse habeat, neque creditorem reperiat, unde mutuo sumat. Et hoc ideo, quia pura stipulatio est. Et subdit propter inopiam non inesse tempus, licet tempus insit propter impossibilitatem loci, & operis, ut si promittam dare Ephesi, vel insulam fieri, de quibus egerat in prioribus §§. Cum ergo non obstante inopia possit promissor conveniri, consequens est si conveniatur, neque solvit, illum moram facere, eoque teneri ad id quod interest. Quod confirmatur ex eo, quod Jurisconsultus concludit in hæc verba: Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinere. Et plane nisi mora contrahe retur, incommodum esset ipsius stipulatoris, quod negat Venulejus. Quamvis ergo in §. *illud* non tam sermo de mora, quam de ipsa obligatione fit, ut Forcatulus, & alii passim notant; inficiari tamen non potest inde pro mora apertam conjecturam desumi.

Ulterius addunt, qui ære alieno solvendo impar est, vinculis publicis detinetur, *l.* 1. *C. qui bonis cedere possunt.* Verum nemo in vincula conjicitur, nisi moram committat, argumento ex *l.* 3. *§. qui pecuniam* (*P. Fl.*) *ff. de suspectis tutoribus*, ubi tutor, qui pupillarem pecuniam deponere pervicaciter resistat, quoad emtionis occasio inveniatur, vinculis publicis jubetur contineri. Quare difficultas solvendi a mora non excusat.

Verum si hæc paulo attentius considerentur, nihil concludunt. Atque ut ab ultimis initium faciam, vincula & carcerem duplici ex causa inventa esse constat: I. diligentioris custodiæ causa, ut dicitur in *l. si quis filiof. §. ejus qui ff. de injusto rupto*: II. in pœnam, ut in *d. l.* 3. *§. qui pecuniam*: falsum enim est, tutorem in vincula conjici ex mora, ut credunt, sed in pœnam pervicaciæ, ut ibi patet. Cum ergo debitor, qui solvendo non est, in carcerem detruditur, non hoc fit, nisi gratia custodiæ, ne scilicet fugam arripiendo, vel se jure asyli tuendo, frustretur creditores suos. Ita quoque in pœnam sunt perpetui carceres, contra quos summopere invehitur Hugo Grotius *apolog. c.* 17. *&* 19. quod ad eos olim majestatis reus fuit damnatus, quem uxor callido commento cistæ inclusum e carcere eduxit. Verum hac pœna usus est Tiberius, qui partem majorem plebis Poledinæ, ac decurionum in perpetua vincula conjecit, Suet. *in vita c.* 37. quæ pœna sublata deinde a D. Hadriano *l. mandatis ff. de pœnis*, & solum retenta in servis a Tito, *l. incredibile*, & *l. servus C. eod.* Hodie tamen de Jure Canonico revocata est, ideo scilicet, quod Judex Ecclesiasticus non damnat ad mortem, cujus vice damnabit ad perpetuos carceres, *cap. quamvis, de pœnis, lib.* 6. & de jure Regni nostri, *Constitut. hi qui per inquisitionem*, Capyc. Latro *dec.* 177. *num.* 14. *cum seq.* sicuti apud alias quoque nationes usu hæc pœna recepta est, Joann. Vestegenus in *dissert. de misso & mero impe io, num.* 15. Sed hæc ut occasioni deserviamus, dicta sunto. Itaque non ex eo, quod debitor obæratus in carcerem conjicitur, licet inferre eum in mora esse; sed potius suspectum esse de fuga.

Cum vero dicunt ex *cit. §. illud*, causam difficultatis ad incommodum promissoris pertinere debere, non creditoris communis responsio est, in ea lege sermonem haberi non de mora, sed de ipsa obligatione, cum dicatur, non obstante difficultate solvendi, statim teneri. Sed instat Leotardus, quod si statim tenetur, ergo cum non solvit, licet solvere nequeat, moram contrahit. Verum non advertit se, quod ajunt, petere principium; hoc enim in controversia est, utrum qui debet jam, & nihilominus ob impotentiam non solvit, constituatur in mora, an secus.

fecus. Fatemur quidem ſtatim debere, qui ſolvendo non eſt: negamus non ſolvendo eſſe in mora, quia eum impotentia excuſat. Quare cum dicitur cauſam difficultatis ad incommodum promiſſoris pertinere, intelligitur, quod ipſe undique, omni diligentia pecuniam conquerere debet; vel ſi non poteſt, in vincula conjiciatur. Eodem modo de ipſa obligatione intelligitur Imp. in *l. incendium C. ſi certum petatur*, ubi incendium ab ære alieno non exuit debitorem; hoc eſt qui caſu fortuito fit non ſolvendo, adhuc obligatus manet, itaut caſus majores debitori accidant, non creditori.

Subeſt jam contraria opinio, nimirum, moram non eſſe, quoties debitor ob impotentiam ſolvere non poteſt. Quod, ut alios omittam, tuetur Fachin. 2. *contr. 91*. & placuiſſe noſtro Senatui, conſtat ex Minadoo *dec.* 17.

Quod primum ratione manifeſtum fit. Et probatur I. Jure ex Pomponio in *l. datio §. ſi per venditorem ff. de actionib. emti*, ubi diſerte hoc docet; loquitur enim de venditore vini, hoc eſt de debitore generis, & ait eum non tradendo, conſtitui in mora, non quidem ſemper, ſed ſi nulla difficultas tradendi ſit. Hæc ſunt ipſius verba: Mora autem videtur eſſe, ſi nulla difficultas venditorem impediat.

II. Probatur ratione. Mora culpa & delictum eſt, unde Pap. dicebat eam impunitam eſſe non oportere, *l. 3. § fin. ff. de uſur.* cujus delicti pœna aliquando ſunt uſuræ; nam uſuræ non propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſolventium infliguntur, ut ait Paulus in *l. cum quidam §. quod enim ff. eod.* Quare ubi culpa & delictum abeſt, neque mora erit, neque uſuræ ullæ debentur. Et ita prorſus eſt in eo, qui ſolvendo non eſt: nulla enim culpa ei imputari poteſt; cum culpa & delictum conſiderentur ſolum, cum quis voluntarie agit, non etiam cum neceſſitate & inopia coactus. Non ergo adeſt mora. Quod plane clarius patet ex ipſo Paulo in mox *cit.§* dicit enim Juriſconſultus moram non videri factam ab eo, qui non habet, cui ſolvat, puta ſi creditor abſens ſit, vel ſi ipſe debitor ex juſta cauſa impeditus fuerit. Cujus dicti hanc rationem reddit. Quid enim poteſt imputari ei, qui ſolvere etiamſi vellet, non potuit? Atque ita eſt in debitore obærato, qui creditorem inſtantem dimittere vellet, ſed licet velit, ob inopiam non poteſt. Ideo in mora non eſt, eoque nec in culpa: quare nec uſuras debet; cum hæc tria, mora, culpa, uſuræ ſibi invicem connexa ſint. Hinc eſt, quod paupertas excuſat etiam a dolo, ideo, ſcilicet, quia dolus voluntarius eſt, & paupertati neceſſitas juncta eſt. Ex gr. fidejuſſor in majorem ſummam damnatus, quam debiti ratio exigebat, ſi ſciens volens non provocat, in dolo dicitur verſari, & doli mali exceptione repellitur, cum actione mandati adverſus reum experitur: quod ſi ſciens, ſed non potens, hoc eſt, ob inopiam non provocavit, excuſata eſt ipſius inopia, nec dolum feciſſe dicitur. Ita Juriſconſultus in *l. ſi procuratorem §. igitur ff. mandati*.

Ceterum etiamſi debitor obæratus, cum tempore ſuo non ſolvit, in culpa non ſit, fieri tamen poteſt, ut ſua culpa vel etiam dolo ad eam inopiam devenerit, veluti in ganeis, luſtris, vel alio modo perdendo. Quare peti poteſt, utrum hoc ſaltem caſu, ex hac culpa vel dolo, cum tempore ſtatuto deinde non ſolvit, moram contrahat? Et reſpondet Joſeph Gibalinus *de uſur. lib. 2. c. 6. art. 1. num. 3.* debitorem peccaſſe quidem, cum ſua culpa impotentem ſe reddidit, non peccare tamen jam impotentem factum non ſolvendo; eoque neque hoc caſu de mora teneri: quare paſſim docent Theologi eum qui ſua intemperantia in morbum incidit, peccaſſe; non tamen deinde, vigente morbo, peccare, ſi jejunii legem non ſervat. Unde non ſolum ille in foro civili de mora non tenetur, ſed neque in foro Dei, etſi ab ipſa principali obligatione ſolvendi non eximatur, ut idem docet. Verum hæc nihil nos movent, cum locum habeant, quando nullius præjudicium verſatur. Secus vero eſt in caſu noſtro, ubi injuſtum omnino eſſet, ſi culpa debitoris re amiſſa creditor jure ſuo fraudari deberet. Unde hic ea regula juris procedit, quæ ait, ſi quis fecit quo minus poſſet, æque atque ſi poſſet, teneri, *l. ſi ex legati l. ſi ſervum ff. de verb. oblig. l. ſi ergo §. ſi heres ff. de legat.* 1. Vide Giball. *loc. cit. num.* 3.

Diſtinctio vero Forcatuli hic *p. 3. num. 3.* rejicienda omnino eſt. Diſtinguit ipſe inter moram interpellatione vel lege contractam, & in-

& inter moram commissam per diem certam præstitutam: in illa debitorem ob impotentiam excusari ait, secus in ista. Eo argumento, quod in mora per diem certam contracta potest, & debet reus præcavere, & pecuniam parare: quod non potest in mora per interpellationem, vel ex lege. Ita plane Ulp. in *l. sed & si §. si feriæ ff. ex quibus causis majores*, ex antiquis Jurisconsultis docet, quod si feriæ extra ordinem fiunt indictæ, & minores 25. annis hinc impediti, jus suum non proposuerint, debent in integrum restitui: solemnium vero feriarum rationem haberi non debere ait: quia prospicere eas potuerit, & debuerit actor, ne in eas incideret. Sed hæc nihil ad rem: & rursus dicimus, hanc distinctionem rejiciendam esse; nam lex post interpellationem nullam amplius dilationem debitori concedit, sed eum, nisi solvat, statim in mora constitutum intelligit, non secus ac est, cum dies præstituta venit. Quare hac quidem in re omnis mora quocumque modo contracta, ejusdem naturæ est. Unde fit, quod si in mora per interpellationem producta, debitor cum solvendo non est, excusatur ab effectibus moræ, ut ipse Forcatulus dicit, debet etiam ab iisdem excusari, cum mora contrahitur ex diei lapsu, quod male ipse idem negavit.

Mirum sane est viros doctos tantopere in hujus quæstionis dissolutione decipi, cum alii varios casus distinguendo, multos prætereunt, & quidem præcipuos: alii vero ita aliquos casus proponunt & discutiunt, ut quod universale erat, nonnisi particulariter determinasse videantur. Nos itaque rem omnem a capite ordimur. Sed illud præmittemus ex *l. continuus §. illud ff. de verb. oblig.* duplicem esse difficultatem, seu impossibilitatem, aliam rei, aliam personæ. Exemplis res clara fiet. Qui promittit 100. dare, is nihil promittit, quod natura sit impossibile: sed fieri potest, ut ipsi sit impossibile, vel difficile ea præstare. Et hæc est difficultas, aut facultas personæ. Sed qui promittit dare Stichum, qui mortuus est, is naturaliter a nemine præstari potest. Et hæc est naturalis, & rei ipsius difficultas, ut recte in *d. §.* tradit Hugo Giphanius. His ita positis, dicimus undecumque difficultas proveniat, semper debitorem a mora excusari. Sed ut hoc clarissime pateat, distinguamus duos casus. Prior, si obligatio sit faciendi. Secundus si obligatio sit dandi: & in hac vel quis promisit genus, ut 100., servum: vel promisit speciem. Verum nomine speciei etiam genus illud intelligo, quod speciei naturam induit; nempe si addatur restrictio, ut nummi, qui sunt in arca, frumentum, quod est in illo horreo, vinum, quod est in illa apotheca, *l. in ratione §. rursus ff. ad leg. Falc. l. cum res §. sed si id petatur ff. de legat. 2.*

Primo itaque si obligatio sit dandi genus, puta 100. & quia genus semper extat, ideo hic vix est, ut difficultas seu impossibilitas rei considerari possit: sed tantum personæ difficultas versatur. Quæritur ergo utrum hæc difficultas personæ excuset a mora? Et non excusare respondent Bart. aliique in *l. quod te ff. si certum petatur*, ut etiam visum est Honorato Leotardo *de usur. q. 84. a num. 31.*

Moventur potissimum ex Venulejo in *d. l. continuus §. illud*, cujus sententia supra exposita est.

Secundo, si obligatio sit dandi speciem. Et eo casu distinguendum est inter difficultatem personæ, & difficultatem rei, hoc est, si res non sit in potestate debitoris, ut si res sit exemta commercio, vel servus sit in fuga, captus ab hoste, vel mortuus, *l. si ex legati l. si servum ff. de verb. oblig. l. si in Asia §. ult. ff. depositi, l. si fundus §. in vindicatione ff. de pignorib.*

Si itaque rei difficultas est, tam est verum ut ad moram debitorem non obliget, ut etiam omnino ab obligatione eximatur, hoc est, neque rem, neque ejus æstimationem solvere cogitur: idque tam si debeam ex stipulatione, quam ex causa legati, *d. l. si ex legati*; immo ex quocumque contractu: nam perfecta venditione, si res penes venditorem existens pereat, venditor liberatur, *§. cum autem pretium, de emt. & vendit.* Ex omni igitur contractu, vel causa debitor rei certæ non tenetur ad eam præstandam, si per eum non stet, quo minus præstari possit, *d. l. quod te ff. de reb. creditis*. Ratio est, quia nemo tenetur ad impossibile, sive ab initio tale sit, *l. impossibilium ff. de reg. juris*, sive ex post facto id fiat impossibile; nam in contractu, ut in stipulatione, duo tempora spectantur, obligationis initæ, & præstatio-

nis faciendæ, *l. in executione ff. de verb. oblig.* Et si igitur hoc casu stipulatio, sive contractus constitit, & valuit ab initio, ex post facto tamen evanescit, quia incidit in eum casum, a quo incipere non potest, *l. plurib. §. etsi ff. eod.* Neque obstat, re peremta, posse æstimationem præstari; uam non promissa est æstimatio, sed res, ut eleganter ait Paulus in *l. venditori ff. de heredit. vendita:* rem, inquit ibi, debebam, non actionem: ita & hic promissor rem debebat, non æstimationem. Quare ut dicebam, si his casibus debitor speciei omnino ab obligatione dandi eximitur, multo magis a crimine moræ liber censendus erit.

Hoc autem procedit, modo res non absit, seu præstari nequeat culpa ipsius debitoris; nam rem tradere, vel ejus pretium justum teneretur. Hæc culpa vel est in faciendo, veluti si servum debitum debitor occidit, vel manumisit: vel in non faciendo, e. g. si servo promisso ægrotante, medicum uon adhibeat, & patiatur mori. In legato heres de utraque culpa tenetur, *l. cum res 47. §. pen. ff. de legat.* 1. In stipulatione vero promissor tantum de culpa in faciendo tenetur, non vero de culpa in non faciendo, idest de negligentia; & ratio est, quia qui dare promisit, ad dandum, non ad faciendum tenetur, ut resolvit Paulus in *l. si servum ff. de verb. oblig.* ubi Giph. Cum ergo debitor tenetur rei, quæ sua culpa abest, pretium præstare, & tempore debito non præstat, dubium est, utrum de mora teneatur. Et respondeo hunc amplius non esse debitorem speciei, sed generis, hoc est quantitatis, & pretii, itaut facta novatio censeatur, non quidem voluntaria, sed jure cogente, ut ea novatio est, quæ fit per litis contestationem, *l. aliam ff. de novationibus.* Si itaque habet unde solvit, & tamen solutionem remoratur, est in mora: sed si adsit difficultas personæ, hoc est inopia, non tenetur, juxta jam tradita.

Ceterum si in obligatione dandi speciem difficultas sit personæ, utrum mora committitur? Exemplum esto. Teneor tibi ex causa legati, vel stipulationis dare Stichum servum Titii: Titius paratus est mihi vendere justo pretio: sed pecunia mihi unde emam, non sufficit; eoque non emo, neque do. Atque ex dictis facile hujus quæstionis decisio colligi potest; cum enim hic debitor in culpa non sit, moram, quæ semper culpam comitem habet, non contrahit. Idem prorsus est, si Titius servum vendere nolit, itaut heres ad Stichi æstimationem Legatario solvendam teneatur, juxta *l. cum res §. sed & si ff de legat.* 1. hoc est, si æstimationem non solvo, quia pecunia destituor, moram fecisse non dicor.

III. Tandem si obligatio faciendi sit, Forcatulus *loc. cit. num.* 1. post Bart. ait, difficultatem a mora excusare. Et exempla tam in difficultate rei vel personæ, habentur in *l. fin. §. pen. ff. ad leg. Rhod* ubi nauta, qui certam pœnam præstare promisit, nisi intra constitutum diem merces exposuisset certo loco, pœna remissa intelligitur, si per nautam non steterit, quo minus id faceret, veluti impeditus tempestate, quæ est difficultas rei, vel morbo, quæ est difficultas personæ: ita quoque si navis vitium fecerit, quod etiam ad rei difficultatem pertinet. Itaque hic pœna promissa ob moram, non committitur, si mora absque culpa, vel dolo promissoris accidat. Quod in aliis etiam rebus locum habet; nam qui judicio se sisti promisit, & valetudine vel tempestate prohibitus uon adfuit, exceptione adjuvatur, *l. 2. §. si quis judicio ff. si quis cautionibus:* & qui jura ecclesiæ jurejurando se defensurum promisit, si difficultate impeditus uon faciat, perjurus non est, *cap. brevi, de jurejurando.*

Sunt tamen hac in re aliquot exceptiones. I. si ipse debitor hoc affectavit, vel causam præstitit; nam dolus, in quo versari videtur, ei maxime oberit, *d. l. 2. §. fin. ff. cit. tit.* ubi Acc. illud, Affectavit, exponit, desideravit; notatque aliquid prodesse, quod desideratum non prodest. Sed fallitur; nam hic affectare est quod non est, affectu facere tanquam esset: veluti, levi tempestate oborta, poteram navigare, sed quia in hoc invitus, & malo animo feror, ideo affectu eam mihi tanquam magnam tempestatem fingo, & non navigo; & contra, qui propter infirmitatem debebat abstinere a conducendis equis, tamen hoc nimium cupiens, ducit, affectare dicitur in *l. idem juris §. mulionem ff ad leg. Aquiliam.* II. si difficultas alia via effugi possit, nempe itinere pedestri commode vitando procellas maris, *d. l. 2. §. pen.* nam difficultas non liberat ab obligatione implen-

plendi per æquipollens, *l. in testamento ff. de conditionib. & demonstrationib.* ubi qui fidejussorem, quem promisit, non invenit, alium æque idoneum præstare tenetur. III. si quis difficilem sibi rem certo sciens, adhuc promittat, qui in dolo videtur esse. Exemplum est in socero, qui licet conventus pro dote, quam promisit, solvenda, in solidum non tenetur, sed in quantum facere potest; tamen si ipse, ut spe futuræ dotis generum inducat ad matrimonium contrahendum, sciens volens se præstare dotem non posse, tamen eam promittat, genera insidias fecisse dicitur, & difficultate non excusatur, *l. pen. ff. de jure dotium*.

De Mora Creditoris.

VArii hujus moræ effectus sunt. Primus est, ut periculum rei debitæ amissæ, quæ tamen jam antea fuerat oblata creditori, cedat ipsius damno creditoris, qui in mora. Illud tamen in controversiam venit, de quo tandem in isto casu debitor teneatur. Et duo certa sunt; primum quidem semper teneri de dolo malo, itaut si servus debitus, post factam oblationem; pereat ex eo, quod debitor dolo necavit, pretium ipsius creditori reddere obligetur, etsi hic in mora fuerit. Deinde eundem debitorem nunquam teneri de casu fortuito, *l. si ex legati ff. de verb. oblig.* Illud ergo in dubium venit, utrum debitor hic obstringatur, si culpa sua res debita, post creditoris moram, pereat. Hic varie certant Interpretes. Alii enim statuunt eum de culpa teneri, nixi in responso Marcelli in *l. qui decem, in princ. ff. de solutionib.* Alii contra, ex Pomponio in *l. si mora ff. sol. matrim.* Siquidem hi duo Jurisconsulti hac in re sibi invicem adversari videntur. Hinc est, quod nonnulli, ut hos nexus eluderent, distinctionem commenti sunt, ut nimirum Marcellus loquatur de debitore quantitatis, quem de culpa teneri volunt, ut etiam debitorem generis. Pomponius vero de eo, qui speciei debitor est, & hunc ob culpam conveniri non posse. Ita Bart. in *d. l. si mora n. 8.* quem frequenter sequuntur DD. & præcipue Barbosa *part.2. num. 12.* Idipsum arrisit Donello hoc *tract. p. 126.* Sed hoc latius explicandum est.

Primus itaque casus est in debitore speciei. Ut puta mulier moram fecit in recipiendo fundo dotali, quem maritus, soluto matrimonio, ei obtulit. Ex eo tempore non tenetur pro rebus dotalibus uxoris de culpa; itaut quamvis secundum naturam contractus, maritus teneatur in rebus dotalibus de dolo malo, lata culpa, & levi, *l. si ut certos §. nunc videndum ff. commodati*; tamen ob eam moram mulieris, liberatur ab utraque culpa, & solum de dolo obligatur. Ita aperte Pomponius in *d. l. si mora*. Hoc idem constat ex *l. si per emtorem ff. de periculo, & comm rei venditæ*, ubi venditio vini facta fuit ad mensuram, si per emtorem steterit, quin mensuretur, dicitur ipse in mora, & venditor non tenetur, nisi de dolo. Quod pluribus explicare operæ pretium est. Venditio ad mensuram pro conditionali habetur, cum subaudiatur, si id admensum est: eoque interim, antequam admensuretur, periculum pertinet ad venditorem, qui interim rei dominus est, *l. quod sæpe §. in iis ff. de contr. emt.* Hæc igitur conditio pro impleta habetur, si per emtorem factum fuerit, quo minus impleatur, juxta regulam *l. Labeo scribit ff. de contrah. emt. l. jure civili ff. de condit. & demonstrationib.* Et per hoc venditio jam pro pura haberi incipiet: & merito periculum interitus ad emtorem, qui est in mora, incipiet pertinere, juxta regulam *l 1. C. de periculo & commodo rei venditæ*. Nec venditor tenebitur, nisi de dolo, qui semper præstatur.

Verum DD. hanc dispositionem extendunt, quod licet Jurisconsultus in *d l. si mora*, dicat maritum dumtaxat de dolo teneri: tamen supplendum esse, ut etiam de culpa lata teneatur; nam licet culpa lata ex se dolus non sit, cum non procedat ex calliditate, sed ex negligentia, & desidia; tamen, in quantum ad jus attinet, eodem modo punitur, ac verus dolus, cui dicitur æquiparari, *l. 1. §. fin. ff. si mensor falsum modum*. Itaque etsi Jurisconsultus loquatur tantum de dolo; intelligendus est etiam de culpa lata. Unde Castr. *ibid. num. 3.* collegit, particulam, Dumtaxat, non excludere casus similes, ut etiam tradit Gl. in *l. ob æs C. de prædiis minorum*, & alii apud Petr. Barbosam *loc. cit. n.25.*

Alter casus est in debitore quantitatis, cum qui decem debet, ea numeravit, & cre-

creditori obtulit, sed creditor sine justa causa accipere recusavit, & pecunia pereat; interitus creditoris damno cedit, qui est in mora; si tamen ea pecunia amissa fuerit sine culpa debitoris, Marcellus *d. l. qui decem*. Unde aperte colligitur, oblationem debitoris in quantitate liberare eum tantum a casu fortuito, non etiam ab ulla culpa. Hujus rei hanc rationem affert Barbosa *d. num.*12. quod debitor quantitatis nihil certum debet, & consideratur, tanquam debitor generis, quod cum quid intellectuale sit, nunquam perit: tamen, cum debitor certam pecuniam offert creditori, inde incipit pecunia considerari, tanquam species. Hinc est, quod qui quantitatem, vel genus debet, tenetur etiamsi species pereat casu fortuito, cum non per hoc dicatur perire quantitas, seu genus, quod debetur, ut intelligitur textus in *l. incendium C. si certum petatur*. Verum cum debitor quantitatem debitam in certa pecunia offert, jam facta quasi novatione, dicitur debitor speciei: eoque si ea pecunia casu fortuito pereat, jam debitor liberatur. Hinc etiam fit, teneri e contrario debitorem de interitu rei, si culpa ipsius accidat: eo quod satis mora nocet creditori, si debitor liberetur a casu majori.

Hæc tamen Barbosæ ratio falsa est; nam debitor quantitatis, etiam post oblationem factam, dicitur generis debitor, ut recte in *d. l. qui decem*, notat Acc. Et plane, ut quis dicatur debitor speciei, opus est ut pecuniam debitam in sacculo signato apud ædem deponat; eo enim casu debitor ipso jure ab actione liberatur, *l. 1. §. si pecunia, in fine ff. depositi*. Et hoc probat Barbosa idem sibi contrarius *num.* 17. ea ratione, quod quantitas non censetur esse in obligatione, antequam per solutionem certificetur, *l. cum incertus ff. de legat.*1. sola autem, & simplex oblatio vim solutionis non habet, *l. acceptam C. de usuris*. Et patet evidentissime ex eodem Marcello ibidem, ut dicit, debitorem, pecunia sine ipsius culpa pereunte, adversus creditorem doli mali exceptione posse se tueri. Unde infertur debitorem quantitatis semper teneri, etiam de casu fortuito, si res pereat: sed solum ex æquitate Prætoris posse creditorem agentem exceptione repellere. Quod etiam indicant ipsa Jurisconsulti verba, cum rationem tradens, dicit: Etenim non est æquum teneri pecunia amissa, quæ non teneretur, si creditor accipere voluisset. Ubi per verbum, Æquum, apparet aliud esse de rigore juris. Quocirca dicendum est, per oblationem quantitatis non haberi pro debitore speciei, sed adhuc generis debitorem esse: alias ipso jure liberatus censeretur.

Hæc est in hac quæstione communis distinctio; quam tamen confundit ipse Marcellus ibidem, ubi mox eodem modo discurrit in debitore quantitatis, ac in eo, qui speciem debet; ait enim, quod si servus (qui est species) erat in dote, eumque obtulerit maritus soluto matrimonio, & is servus decesserit: aut nummos obtulerit (qui sunt quantitas) eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso jure desinit teneri; si scilicet, ut paulo ante dixerat, maritus culpam non admiserit. Quare aperte constat, Marcellum putare, tam debitorem speciei, quam quantitatis, teneri & post moram de culpa, licet de casu fortuito non teneatur, & proinde repugnat Pomponio, qui speciei debitorem excusat a culpa. Verum ex his Marcelli verbis nonnullæ difficultates oriuntur. Et prior difficultas est de servo; nam ipso pereunte etiam ante oblationem, certum est maritum ipso jure liberari, *d. l. si ex legati ff. de verb. oblig.* eoque hoc casu mora creditoris in recipiendo, nihil ei obesset, nihilque prodesset debitori. Altera difficultas est in nummis: cum supra dixerit, debitorem exceptione teneri, hic addat, ipso jure liberari.

Secundus effectus est, ut per moram creditoris, debitor liberetur ab operis. Exemplum esto in marito, qui licet etiam soluto matrimonio teneatur fundum dotalem colere, itaut alias obligetur ei restituere non solum fundum, sed & fructus, quos colligere potuisset, si fundo dotali culturam adhibuisset, *l. videamus in princ. ff. de usur.* ubi Gloss. verbo, *ratio*; tamen si maritus offerendo fundum, constituit uxorem in mora recipiendi dotem, ab eo tempore potest fundi cultum negligere, & nihil eo nomine tenebitur restituere uxori, ut in *d. l. si mora* decisum est, ea ratione, quod non est cogendus maritus perpetuo fundum colere, itaut hæc obligatio procedat a facto mulieris, quæ noluit fundum oblatum recipere.

Verum tamen est, quod si maritus post moram

ram uxoris, sponte fundum colat, & ex eo fructus percipiat, tenebitur eos uxori restituere, *d. l. si mora*. Sed in hoc dubium movere videtur Ulp. in *l. mulier quæ §. si heres ff. ad Trebell.* ubi heres rogatus pure restituere hereditatem, fructus perceptos ob negligentiam fideicommissarii non petentis, suos facit, neque tenetur illos restituere fideicommissario, neque in quartam Trebellianicam imputare. Quare idem videtur dicendum in marito, ut fructus perceptos ob moram uxoris, quæ recipere dotem noluit, suos faciat, neque teneatur uxori restituere.

Variæ sunt nostrorum Interpretum responsiones. Franciscus Duarenus in *d. l. si mora, ad finem*, hanc disparitatis rationem profert, quod soluto matrimonio, statim & ipso jure mulier rerum dotalium domina intelligitur, adeo ut eas vindicare possit, *l. in reb. C. de jure dotium*; quare merito maritus fructus perceptos ex re aliena scienter, tenetur domino, idest, uxori, restituere. Aliud est in fideicommissario universali, in quo non transit dominium ipso jure in fideicommissariam, antequam ei restituatur hereditas re, vel verbo, Ulp. in *l. restituta in princ. ad Trebell.* & ideo heres fructus perceptos ex re sua, merito suos facit. Atque ita ante Duarenum docuit Jacobus de Arena in *d. l. si mora*. Ceterum hæc responsio merito rejecta fuit a Barbosa ibidem n. 4. eo quod transitus iste dominii dotis a viro in mulierem dependet a Justiniano, qui condidit *d. l. in rebus*; ante vero ipsum tempore Ulp. secus erat, & rei dotalis dominium durabat penes virum usque ad restitutionem dotis, ut patet ex Paulo in *l. 1. ff. de fundo dotali*, & ex Imperatore Alexandro in *l. & si dotis C. de jure dotium*.

Itaque alio confugit Bartolus, & ait, rationem differentiæ esse, quod uxori debetur res, quæ aliquando fuit sua, & fideicommissario res, quæ sua nunquam fuit; hinc maritus fructus restituit, heres sibi retinet. Nititur hæc responsio in *l. videamus §. si actionem ff. de usur.* ubi Paulus ita habet: Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequatur, etiamsi mora facta sit; excipit tamen Jurisconsultus si acceptum est judicium, nimirum si lis contestata est. Verum id displicuit Barbosæ in *d. l. p.* 2. n. 99. ex *l. venditor ex hereditate, vers. quemadmodum ff. de hered. vend.* ubi venditor fructus perceptos ex re vendita, tenetur emtori restituere, quamvis ea res nunquam fuerit emtoris per textum in *l. si ager ff. de reivind.* Ergo differentia per Bartolum assignata non subsistit.

Quare Barbosa ita ait, textum in *l. mulier quæ §. si heres*, loqui in herede, qui ante factam restitutionem fideicommissi universalis, dominus est, & ratione dominii fructus suos faciet: maritus autem, licet dominus dotis dicatur, tamen non ratione dominii facit fructus suos, sed quatenus onera matrimonii fert. Cum igitur soluto matrimonio, maritus onera matrimonii non sustineat, etiam post moram mulieris, fructus suos non faciet, sed tanquam perceptos ex re aliena, eos uxori restituet. Sed huic responsioni obstat Paulus in *d. vers. quemadmodum*, ubi venditor qui poterat negligere culturam fundi, si tamen non coluit, tenetur fructus restituere emtori, etiamsi in nulla sit mora constitutus, ut colligitur ex generalibus Jurisconsulti verbis; & tamen ibi venditor, cum adhuc traditio emtori facta non esset, rei dominus erat; quare falsum est, quod dicebat Barbosa, heredem fideicommisso gravatum ideo fructus sibi quærere, quod hereditatis dominus sit. Dicit tamen Paulus restituere ratione bonæ fidei.

QUÆSTIO UNICA.

De æstimatione rei debitæ.

NOn una hac in re est nostrorum opinio. Quidam censent rei debitæ æstimationem desumendam ab ipso statim tempore moræ, quovis modo contractæ, etiam per interpellationem extra judicium factæ. Alii contra utuntur, putantes hic eam tantum moram attendi debere, quæ per litis contestationem oritur. At vero hoc casu Ant. Fab. ait distinguendum esse inter judicia bonæ fidei, & stricti juris, contra Bartolum. Vult enim in strictis judiciis omnino inspici tempus litis contestatæ, sive tunc res pluris, vel minoris sit: at in bonæ fidei judiciis etiam rei judicandæ; ita nimirum,

rum, si eo tempore, quo sententia redditur, pluris res sit, id attendatur. Ita ipse *16. conject.* 3. & *de err. pragm. decad.* 16. *err.* 2. & 3. quem late sequitur Schiferd. *tract.* 21. & 2. *seqq.* Hac in re Fab. ducem habet Ulp. in *l. sed mihi* 3. §. *in hac ff. commodati*, ubi in actione commodati, & in omnibus bonæ fidei judiciis statuitur, ut rei judicandæ tempus, quasi res sit, observetur: contra in stricti juris judiciis, in quibus litis contestatæ tempus inspicitur. Quare in *l. hominem ff. mandati*, dicitur in stipulatione, quæ stricti juris est, id tempus spectari, quo agitur. Hoc autem, quod Faber ait, in judiciis strictis inspici tempus litis contestatæ ad ineundam rei debitæ æstimationem, tunc quidem vult locum habere, cum pura obligatio est, non in diem.

Probat itaque I. ex *l. ult. ff. de condict. trit.* ubi docemur a Cajo, si de die nihil convenit, tanti rem æstimandam esse, quanti fuit eo tempore, quo judicium accipiebatur, hoc est, tempore litis contestatæ. Sed si dictum sit, quo die res dari debuit, tanti rem æstimari, quanti fuerit tunc, cum dari debuit. Nec distinguitur, utrum eo tempore res minoris, an pluris fuerit, ut omnino dicendum sit, diem spectandum esse litis contestatæ, quanticumque res fuerit. Condictio autem triticaria stricti juris est, & ipsa petimus generaliter res omnes, præter pecuniam numeratam, quæ certi condictione petitur, *l.* 1. *ff. cit. tit.* Inditum est tale nomen casu quodam, ut Stephanus Græcus Interpres ait, quia in antiqua formula hujusce condictionis, tritici videlicet fiebat mentio: propterea quod qui hanc actionem sibi dari prius postulaverit, forte ei res erat de æstimando tritico, Cujacius in *paratl. ff. lib.* 13. *tit.* 3. & *ad Africanum tract.* 2. *sub initium*.

Probat II. ex *l. vinum ff. de reb. creditis*, ubi cum vinum, quod mutuum datum erat, coram Judice petitum esset, quærit Ulpianus de tribus temporibus, quodnam ex his spectari deberet in æstimatione, idne, cum mutuum datum esset, an cum lis contestata fuit, an tandem cum res judicaretur? Quæstio itaque erat de contractu stricti juris, uti mutuum est, & de quibus nos in præsens disputamus. Ad hanc Ulpiani dubitationem respondet ibidem Sabinus, quæstionem in duos casus dividens, ut si in restitutione mutui dies certus esset appositus, omnino quanti eo die fuisset, attendi debere: at si nihil de certo die conventum esset, æstimationem esse ineundam quanti res fuit tempore, quo petita fuit, hoc est, tempore litis contestatæ. Etsi enim nonnulli hic *petendi* verbum generatim accipiant, non solum in judicio, & per litis contestationem, sed etiam extra judicium, per interpellationem; recte tamen redarguuntur a Schif. *tract.* 21. *q.* 6. dum contendit, hoc in loco petendi verbum de petitione judiciali tantum accipiendum esse. Hoc enim sic fieri in jure nostro accepimus, ut petere frequentius dicatur, pro judicio petere, ut constat ex *l. si quis cum totum* §. *si ancillam*, & §. *fin. ff. de except. rei judic. l. palam* §. *circa*, *l. apud Celsum* §. *Labeo* & §. *seq.* §. *apud Julianum ff. de except. doli mali*, *l. si quis stipulatus*, *l. si pater meus ff. de solutionib.* atque ita passim; ergo secundum horum locorum rationem responsum Ulpiani interpretabimur, præsertim, cum statim in principio dicat, per Judicem petitum esse: neque alias verisimile sit, Jurisconsultos ab ea significatione, quam in prioribus proposuerunt, statim in posterioribus recessisse.

Probat III. quia nunquam reperies in judiciis strictis spectandum esse tempus rei judicatæ: neque rursum usquam scriptum est, rationem ullam in hoc judiciorum genere haberi moræ, quæ contestationem præcessit; quare reliquum est, ut dicamus solum ipsam litis contestationem inspici debere. Quod vim accipit ex juris regula expressa a Papiniano in *l.* 2. *ff. de usur.* nimirum, quale quid est, cum petitur, tale præstari debet, utique quod in judiciis stricti juris locum habet, ut Gloss. aliique ibidem notant.

Sed contrariorum argumenta dissolvenda sunt. I. opponunt ex *l. pen. ff. de condict. tritic.* ubi Marcellus, & Ulpianus rei petitæ per condictionem triticariam, quæ stricti juris est, æstimationem ad tempus moræ reducendam esse, statuunt. At enim respondet Faber hanc sententiam ad eum duntaxat casum pertinere, quo species debita facta sit deterior, non vilior post moram. Siquidem has res multum inter se differre ostendit Ulpian. in *l. si servus* §. *rupisse ff. ad leg. Aquil.* ubi scriptum est, si nullo servum

pre-

pretio, viliorem, deterioremve fecerit aquiliam cessare, injuriarumque agendum esse; nam rerum pretia non ex ipsarum qualitate dumtaxat, sed etiam ex tempore æstimari debent. Ceteris quidem paribus, & habita ejusdem temporis ratione, fieri nequit, ut pretiosior servus sit, qui est deterior. Sed alio tempore inspecto, facillime hoc contingit, ut servus, qui antequam claudus esset, aut eluscatus, nonnisi centum vendi potuit, in magna servorum vilitate: postea eo modo male acceptus, dignus sit ducentis tis superveniente penuria penuria servorum, & ex penuria caritate. Hoc itaque casu, quo res facta est deterior, non vilior, certum est debitoris morantis periculo eam deteriorationem cedere debere, sicut & mors ipsa cederet, si homo debitus periisset post moram, *l. si legati ff. de verb. oblig.* quare fieri non potest, ut aliter ineatur æstimatio, quam inspecto tempore moræ. Secus vero est, cum eadem manente specie, idest, non facta deteriore, tamen æstimatio ejus decrevit, pretiis rerum omnium ejusdem speciei pro tempore imminutis. Ergo, cum in judiciis strictis nulla bonæ fidei ratio habeatur, sed mero strictoque jure fiat condemnatio, nulla quoque moræ extrajudicialis ratio haberi potest, nisi hactenus, ut si post eam moram res perierit, ut deterior facta sit, tamen obligatio qualitatis quanta fuit, perpetuetur, ac si res non periisset, aut deterior facta non fuisset, *d. l. si ex legati, l. si servum § sequitur*, & *§ ult. ff. de v. o. l. promissor 21. & 23. ff. de const. pec.*

Utrum lite contestata cum donatore, qui rem donatam non restituit, usuræ, vel fructus debeantur.

EXtant jura quædam singularia, quæ hac in re donatorem a ceteris reis debendi secernunt, sed ita tamen, ut inter sese invicem pugnare videantur; quare Interpretes magnas turbas excitarunt, ut omnino operæ pretium sit de hac re hic agere.

Primo itaque extant Prudentum responsa, quæ omnino ab usurarum onere donatorem liberant, ut Modestinus in *l. eum qui ff. eod.* ubi qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniæ usuras non debet. Quæ verba ita generatim concepta, opus est ut accipiantur de mora quacumque, sive re ipsa, sive non, ut de contracta per lapsum diei, per interpellationem, vel etiam per litis contestationem, siquidem moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere, *l. nemo rem suam §. si post ff. de verb. oblig.* Quod verum est non solum in liberalitatibus privatis, sed etiam in publicis, *l. liberalitatis ff. de usuris l. 1. ff. de pollicit.* Id autem singulare in donationibus est, siquidem in reliquis actionibus, lite contestata, usuræ currunt, ut in *l. lite ff. de usuris*, cujus specialitatis duæ rationes afferuntur a Modestino in *d. l. eum qui*. I. quia id summæ æquitatis est; siquidem, ut ajebat Cujac. liberalis non est avare exigendus. II. quia donationis species non est inter contractus bonæ fidei, sive interponatur per stipulationem, sive pacto, sive pollicitatione; & regula est, ut in bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debeantur, *l. mora §. in bonæ fidei ff. de usur.* Hoc autem, quod dicitur in usuris, quæ debentur ex rebus, quæ numero, pondere, & mensura constant, & quæ pecuniæ nomine veniunt, videtur etiam intelligendum de fructibus, qui debentur ex agris, fundisque, hoc est fundo donato & non restituto, donatorem non teneri ad restitutionem fructuum, quos ex fundo donato post litem contestatam percepit; propterea quod eadem est ratio usurarum & fructuum, & quod in illis statutum est, de istis etiam intelligi debet, ut disponitur in *l. usuræ ff. de usuris*.

Et nihilominus contrarium habetur a Paulo in *l. videamus generatim §. si actionem ff. de usuris*, ubi licet ex mora re ipsa, ipsoque jure contracta, vel per lapsum diei, vel per interpellationem, fructus non debeantur; tamen si lis fuerit contestata cum donatore fundum non tradente, ex æquitate fructus quoque restituere opus est. Quod intelligas de fructibus perceptis post litem contestatam; ex eo enim tempore hi debent restitui, quia qualis est fundus cum petitur, talis restitui debet, *l. cum fundus ff. de reb. creditis*. Sed petes, omnes ne hos fructus perceptos restituet donator, tam consumtos, quam extantes? & respondet idem Paulus in *l. Nesennius §. ult ff. de re judic.* restituere donatorem solum fructus extantes, non item ab eodem donatore consumtos. Quod plane

plane singulare est in donatore, quasi id tantum facere posse intelligatur; alias enim etiam fructus consumti post litem contestatam restitui debent, §. *si quis a non domino Instit. de rer. divis. l. certum C. de reivind.*

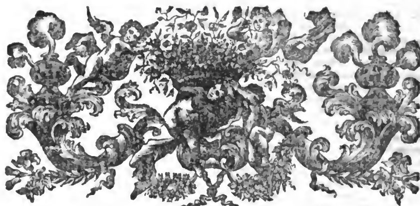
Hæc rescripta difficultatem faciunt, quæ ut patet, concordant in hoc, ut ex mora extrajudicialiter contracta, non possunt a donatore neque fructus, neque usuræ exigi. Discrepant vero in mora per litis contestationem factam; cum Modestinus velit, neque tunc usuras deberi: Paulus vero scribat, ex eo tempore fructus deberi, modo extent, nec sint consumti. Quid ergo dicendum? Cujacius ad Julianum in *l. qui sine dolo ff. de reg. juris*, voluit has Pauli & Modestini leges, ne sint contrariæ, non esse invicem confundendas, sed potius disjungendas, ut vere disjunctæ sunt; siquidem alia ratio est usurarum, de quibus loquitur Modestinus, alia est fructuum, de quibus sermonem instituit Paulus. Verum hujus diversitatis rationem non reddidit; quam postea reddere conatus est Emundus Merillus ad Cujacium *lib. 1. varior. c. 33. & 46.* sed satis concise & obscure. Nos ergo id clarum facere conabimur post Ant. Fabr. *dec. 38. error. 10. n. 9.*

Quamvis ergo usuræ vicem fructuum obtinere soleant, & quod in illis statutum est, de istis etiam intelligere oporteat, ut in *d. l. usuræ ff. de usuris*; id tamen perpetuo verum non est, cum aliquando ex æquitate mitius procedatur in usuris, durius vero in fructibus. Patet id ex D. Severi rescripto, qui voluit bonorum, quæ tacite in fideicommissum relicta sunt in fraudem legis, fructus dumtaxat deberi, non etiam usuras eorum, idque fecit benigne, ut notat Papin. in *l. eum qui, in princ. ff. de iis quibus ut indignis*. Ratio autem, cur favorabilior sit fructuum restitutio, quam usurarum, est, quia fructus sunt accessiones, & perventiones naturales, *l. fructus ff. de usur. l. bonæ fidei ff. de acqu. rer. dom.* quas qui præstat, non idcirco fit pauperior, sed tantum non locupletior, cum id ipsum restituat, quod percepit, *l. indebiti ff. de condict. indebiti*. At usuræ non accessiones naturales sunt, sed ut loquuntur, industriales, quia non tam ex re ipsa, hoc est ex pecunia, quæ sui natura sterilis est, quam jure & ex negotiatione percipiuntur, *l. si navis ff. de reivindic.* Itaque durius agitur cum reo, si ad usurarum, quam si ad fructuum restitutionem condamnetur. Hinc ergo benigne fecit Severus, qui fideicommissarium fructus, non item usuras restitueret voluit.

His positis, in promptu est propositam difficultatem diluere: quandoquidem cum donatore æque, benigne, mansuete omnino agi debet, ut propterea dicendum sit in illo aliud juris habere usuras, aliud fructus. Quare omnino recte Modestinus scripsit, nunquam donatorem ex mora ad usuras restituendas cogi debere; aliter enim dure cum eo ageretur, ut proinde eas remittere summæ æquitatis esse dixit, quod notandum est. Non ita sese res habet in fructibus, præsertim post litem contestatam perceptis, necdum consumtis, quos restituere debere, voluit Paulus. Unde illud concludendum est, quod licet regulariter idem jus locum habeat in fructibus ac in usuris, id tamen verum non esse, & restringi, cum benigne procedendum est, ut patet ex *d. l. eum qui ff. de iis quibus ut indignis*, & ex *l. eum qui ff. de donat.* juncta *l. videamus generatim ff. de usuris*, juxta explicationem a nobis jam traditam.

Verum id, quod Paulus dicebat in *d. l. generatim*, fructus post litem contestatam perceptos, si extent, debere restitui, videtur contrarium esse Pomponio in *l. in ædibus §. in reb. ff. hoc tit.* ubi fructus ex fundo donato percepti in donationem computari non debent, quam legem ita intelligebant Irnerius & Martinus glossator, ut si ex causa donationis fundum promisi, & fui in mora tradendi, non propterea fructus restituo. Verum facile respondetur id intelligi respectu ejus difficultatis, quæ ex lege Cincia oriri poterat, ex qua certus modus donationibus statuebatur, ne, ex. gr. excederent tercentos solidos. Modo finge fundum quincentos aureos non excedere (qui supponatur modus a lege Cincia statutus) & donatorem fructus ex fundo donato percepisse, ipsi fructus non venient in computationem, quasi donario excedat modum lege Cincia constitutum. Sed nihilominus venire debent in restitutionem, si quos donator post litem contestatam percepit, nec consumserit, ita tamen, ut non videatur donator majorem summam tradere, ac fundus sine fructibus his æstimatus. Denique fructus non intelligatur esse ex re donata ratione donatarii, sed ratione donatoris, ut eos restituere teneatur. Ita Merillus.

DO-



DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

COMMENTARIUS

Ad lib. XXXIX. Pandectarum Tit. V.

De Donationibus.



UOD in aliis Pandectarum partibus factum a Triboniano est, idem in hoc de donationibus titulo accidisse, vident docti Viri, & dolent. Variæ enim, multæque sunt in Tribonianum expostulationes. Gulielmus Budæus in *l. 2. ff. de orig. juris*, queritur ipsum potius incisas, quam concisas Pandectas nobis reliquisse. Quam querelam latius prosecutus est Vir eloquentissimus Antonius Moretus, dum ad Paulum Sacratum scribens, ait: Tribonianum, sociosque non fecisse, ut ille Hortianus Agricola, qui inutiles ramos falce amputans, feliciores inserit; sed ut milites accepto signo ad Oppidum aliquod diripiendum, ac deprædandum. Ita per medium jus civile grassantes, quidquid obvium erat, lacerarunt. Alii dicunt eum Virum, non tam leges ad nos transmisisse, quam Cruces. Alii alia, quorum reprehensiones hic referre, vel excutere nostrum non est; alio nos avocamur, nimirum ad expostulationem Francisci Balduini *de jure novo lib. 2. circa fin.* quæ ad rem nostram facit, & omnium gravissima est. Putat Vir doctissimus, Tribonianum duplici nomine peccasse; primo quia non condidit, tradiditve juris artem, ut facere opus erat, sed tumultuariam quandam selectionem; secundo quod species, seu, ut dicunt,

casus ab antiquis Jurisconsultis hinc inde selegit. Rationem utriusque erroris esse, ait; quia ita quod positum erat in una cognitione, id in infinita dispertitus est. Jurisprudentia siquidem brevis est, si per artem & praecepta tradatur; longa vero, si per species, casusve, qui infiniti propemodum sunt. Verum nos non facile patimur Tribonianum accusari, & putamus in altero recte egisse, in altero non ipsum peccasse. Haec in praesens demonstrare e re nostra futurum spero; ita enim quae via, quaeque ratio, seu methodus in explananda donationum tractatione nobis ineunda sit, commodius perspiciemus. Singula persequamur.

Quod ad unum caput accusationis attinet, scilicet quod Tribonianus species hinc inde ab antiquis Jurisconsultis seligere sollicitus fuit, videtur mihi recte egisse, ut prudentem Legislatorem decebat. Quod ut intelligi possit, animadvertendum est cum Aristotele in *lib. 1. Rethoricor. cap. 2.* oportere leges decidere omnia quaecumque possunt, & quam paucissima Judicibus permittere; idque tribus rationibus. Prima est, quia facilius est nancisci unum, vel paucos, qui recte sentiant, quam plures. At vero unus, vel certe pauci sunt, qui leges condunt, & jus constituunt; plures vero sunt Judices: unde fit satius esse, ut decidat ipse Legislator, quam Judex. Secunda est, quia leges longa animi provisione fiunt, non item judicia, quae saepe de repente promulgantur, nec permittunt Judicem diu cogitare, quid justum, & magis utilius sit. Ultima tandem ratio, quae omnium praecipua est, ita se habet: Legislator non agitur odio, nec commovetur amore, ut propterea nec ejus judicium facile corrumpi, & occaecari possit; quod secus est in Judice, qui cum jus dicat inter praesentes, levi negotio ac passionibus, & affectibus transversus agitur, & odio, vel amore corrumpitur; praesertim si, quod fieri solet, proprium commodum conjunctum sit. Patet itaque, optimo Legislatori onus incumbere, ut quamplurima ipsa decidat. Nunc veniamus ad Tribonianum. Quid queritur Balduinus? dicit Tribonianum prope infinitas species collegisse; si hoc ita est, quid aliud fecit, nisi decidere omnia quaecumque potuit, & quam paucissima Judicis arbitrio relinquere? Quapropter si Aristotelem audimus, recte fecit, partesque optimi Legislatoris implevit.

Hoc de uno capite accusationis: jam dicamus de altero. Dicit Balduinus, Tribonianum non condidisse artem juris. Hac in parte sicuti non laudo Tribonianum, ita nec reprehendo. Puto enim excusandum esse, nec tam ipsum peccasse, quam antiquos Legislatores, & Jurisconsultos: si enim de Legislatoribus sermo sit, id omnino patet; habemus hodie doctissimorum Virorum operas, qui jus atticum (ut de hoc etiam dicam) collegerunt, vel de eo egerunt. Hi sunt Desiderius Heraldus, Claudius Salmasius, Samuel Petitus; & nihilominus si attendamus apud hos Graeci juris fragmenta, nullam in eis juris artem inveniemus. Sed accedamus ad Romanos. Erant apud hos leges Decemvirales, seu XII. Tabularum, quas Cicero tantopere fecit, ut Bibliothecis Philosophorum omnium praeponere non dubitaverit; an est in his ars aliqua juris? nihilominus, ut constabit ei, qui leget Commentarios Fulvii Ursini, Antonii Augustini, Justi Lipsii, ipsius Francisci Balduini, & denique Jacobi Gothofredi, qui omnium accuratissime, & doctissime eas leges collegit, & exposuit; stet itaque Legislatores neque Graecos, neque Latinos juris artem ullam tradidisse.

Sed descendamus ad Jurisconsultos, seu ad antiquos legum Expositores; & certum est ad tempora usque Ciceronis ipsos artem juris non condidisse: siquidem Cicero in *libris de Oratore*, in persona Licinii Crassi serio dolet, jus civile non esse artificiose digestum, & *lib. de legib. 2.* ait: Ejus ipsius generis jus civile nostrum, sed ita, locus ipse ut notus sit, ex quo ducatur, quaeque res, & ars juris, ut non difficile sit, ut quaecumque nova causa, consultatiove acciderit, ejus tenere jus, cum scias a quo sit capite repetendum. Sed Jurisconsulti sive erroris objiciendi causa, quo plura & difficiliora scire videantur: sive, quod similius veri est, ignoratione docendi (nam non solum scire aliquid, artis est, sed quaedam ars etiam docendi) saepe quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur. Neque enim verum est, quod putabat Budaeus ad *l. 1. ff. de justit.* artem hanc traditam esse a Q. Mutio Scaevola, de quo ita habetur in *l. 2. §. post hos ff. de orig. juris*:

jus.

jus civile primus constituit generatim in libros viginti & octo redigendo; nam hoc non significat jus civile in artem redegisse, generales regulas tradendo, ut ipse Budæus credidit; sed ubi antiquiores Jurisconsulti partes tantum juris attigerunt, alter alteram; Scævola primus omnium generatim, & de universo jure egit; quod si secus esset, non recte quereretur Cicero, ad sua usque tempora jus civile non esse secundum artem traditum, si id egisset Scævola, qui ante Ciceronem floruit, ut intelligi potest ex eo quod Scævolæ Auditor fuit Gallus Aquilius, *d. §. post hos*, qui Ciceronis in Consulatu Collega fuit. Cicero itaque primus diu cogitavit hoc opus aggredi, & librum edidit, qui inscriptus erat, *De Jure civili in artem redigendo*, ut patet ex A. Gellio *lib. 1. noct. attic. cap. 22.* in quo, ut conjici potest, solum ostendit, qua via id perfici poterat.

Verum Ciceronis conatum, & præcepta amplexi non sunt Jurisconsulti, qui deinde sunt secuti, uti constat ex fragmentis Caji, Ulpiani, Pauli, in quibus frustra artem juris quæres. Iniquum itaque est quærere a Collectore, sicuti est Tribonianus, eam artem, quæ ab antiquis Jurisconsultis, a quibus Tribonianus selegit, tradita non est. Ars autem hæc in quibus consistat, non uno verbo exponi potest; modo satis sit referre ejusdem Ciceronis sententiam, qui juris artem in hoc positam esse ait, primo ut totum jus civile in genera digeramus, quæ pauca sunt; secundo eorum generum species, seu membra tradamus; & tandem propria cujusque vis definitione declaretur. Ita enim fiet, ut quæ divulsa sunt, & dissoluta, ratione quadam uniantur simul, & constringantur. Ita etiam juris artem, seu scientiam habebimus, ex qua deinde quælibet proposita species facile decidi poterit. Id non videtur a Triboniano neglectum, quia hunc ferme ordinem in Institutionibus nobis exhibet. Ex duobus igitur, quæ ad jus optime constituendum requiruntur, alterum habemus, altero destituimur; habemus species a Triboniano collectas; destituimur legis arte, quæ tamen ex his ipsis speciebus, quas habemus, hinc inde colligi potest, ut etiam notatum a Cicerone est.

Totum hoc opus aggredi, muneris nostri non est, qui solummodo hanc juris partem, quæ ad Donationes pertinet, & quam tractandam suscepimus, ad ordinem certe aliquem, si non ad artem reducemus. Ea propter nostrum opus in duas partes dispertimur. In prima hujus artis semina dabimus; in altera explicabimus species a Triboniana hic collectas, non quidem omnes, quod per tempus non licet, sed eas, quæ magis explicatione indigere videntur, præsertim vero *l. Lucius*, quæ quidem omnium difficillima est.

In hoc itaque titulo agitur de Donationibus, non tamen de omnibus, sed solum de iis, quæ non mortis causa fiunt; quare a Leone Philosopho in Basilicis *lib. 47. tit. 1.* hic titulus ita inscribitur, *De donationibus inter vivos*. Ita etiam ut non attingatur in eo donatio propter nuptias, seu antipherna, quæ veteribus Romanis incognita, per Imperatores fuit introducta; nec pariter in eo sermo fit de donationibus inter virum, & uxorem, de quibus ob rei amplitudinem separatum titulum habemus. Interim hæc tractatio de donationibus, ut ait Nicolaus Valla in *tit. de rebus dubiis*, difficilior est, & obscurior, quam sit argumentum de substitutionibus, de jure accrescendi, vel si quid aliud iis sit obscurius; idque propter jus varium, propter dissimiles mores, & consuetudines, propter sententias, & decreta inter se pugnantia.

DE DONATIONIBUS

PARS I.

Ubi Donationum Ars traditur.

CAP. I.

Definitio donationis.

Multas donationis definitiones passim apud juris nostri Interpretes legimus, quas omnes si ad examen vocare velimus, plurimas turpesque in ipsis hallucinationes detegere opus esset: quod tamen facere instituti nostri non est, qui contenti erimus veritatem simpliciter proponere & demonstrare.

Donatio itaque est modus acquirendi civilis, per quem res singulæ ex causa liberalitatis dantur. Explanatur definitio.

Dicitur modus acquirendi. Id plane sumtum a Justiniano est, qui donationem non

 recen-

recensuit *lib.* 3. *Instit.* inter contractus, sed de ea egit *lib.* 2. inter modos acquirendi. Illud interest inter contractum, & modum acquirendi, quod contractus sit actus, quo ex consensu plurium circa idem oritur obligatio: modus acquirendi sit, quo adipiscimur vel rem, vel jus in rem, absque ulla obligatione. Unde licet per mutuum acquiremus ipsos nummos mutuo datos, non ideo mutuum est modus acquirendi, sed contractus, quia inde statim mutuatarius ad tantundem restituendum obligatur. Ita quoque licet per pignus jus in rem acquiramus, non ideo pignus dicetur acquisitio, sed contractus, cum inde obligatio nascatur.

Ita per contractum non semper acquirimus rem vel jus in rem, sed semper obligamur. Per modum acquirendi semper acquirimus, nunquam obligamur. Insuper in contractu semper requiritur consensus, sive expressus, sive tacitus, sive præsumtus: in modo acquirendi non est necessarius consensus, ut accidit in occupatione, in alluvione, in perceptione fructuum facta per bonæ fidei possessorem.

Non ita est in donatione, per quam modo dominium rei acquirimus, ut si res ipsa dono data sit: modo jus in rem, ut si rei usus, vel fructus, vel quid simile nobis est donatum; nec ulla inde nascitur obligatio, aut donatoris in donatarium, aut e converso. Unde ipsa donatio erit solum modus acquirendi.

Dicitur civilis. Sunt qui donationem inter modos, quibus res juregentium acquiruntur, computandam esse credunt, ea ratione, quia donatio tradendo perficitur. At vero traditio est modus acquirendi juregentium, §. *per traditionem*, *Instit. de rer. divis.* Ita Corasius in *l. post contractum hoc tit. n.*4. Giphanius ad hanc *rubricam a n.*11.

Verum nos licet ultro demus donationem juregentium cognitam esse, hoc est apud omnes gentes recipi, & quidem ab antiquis usque temporibus: notum certe est apud Homerum *Odissea lib.* 17. Telemachum donare Pirro, & habetur in *l.* 1. *ff. de mort. causa donat.* Constat etiam Regem Salomonem Homero pene æqualem, Oppida quinque Tyriorum Regi donasse: tamen dicimus, ea usos olim Romanos, & eos hodie uti, ut modus acquirendi juris civilis est.

Probatur hoc I. ex Justiniano, qui in Institutionibus donationem inter modos acquirendi civiles enumerat. Enimvero cum de naturalibus acquisitionibus egisset in *tit. de rer. divis.*, *de servitutib. prædiorum*, *de usu & habitat.* ibi ita ait in §. *ult.* *Exposuimus summatim quibus modis jurisgentium res acquirantur: modo videmus quibus modis legitimo, & civili jure acquiruntur*, & post hæc statim sermonem orditur de usucapione, & longa possessione, tum agit de donationibus, in cujus tituli §. *final.* meminit de quarto acquirendi modo secundum jus civile, nimirum de jure accrescendi attento jure antiquo, eo quod temere in servum communem collata est libertas, & ita illum §. orditur. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi*. Hic omnino patet a Justiniano inter acquisitiones civiles tertio loco numerari donationem, & propterea omnino falluntur, qui eam jurisgentium esse dicant.

Itaque nescio, quid in mentem venerit Theophilo, dum in Institutionibus in fine tituli, *per quas personas nobis acquiritur*, civiles acquisitiones enumerans dicit, olim quinque fuisse, hodie quatuor, nimirum usucapio, longa præscriptio, apud veteres jus accrescendi, legatum, & fideicommissum, ubi nullam de donatione mentionem facit, quasi ea sit jurisgentium acquisitio, utpote quæ per traditionem fiat, quod si verum est, stulte fecisset Justinianus, qui de ea agit, non inter modos jurisgentium, sed inter eos, qui juris civilis sunt.

Probatur II. ratione, quia cum aliquid addimus, aut detrahimus juregentium communi, tunc jus proprium seu civile conficimus, *l. jus civile ff. de just.* atque ita plane in donatione est, cui varia jus civile addit, puta aliquando insinuationem requireret, ut inter certas personas sit prohibita, inter virum, & uxorem, sicuti etiam ut aliis modis, quam per traditionem, fieret; puta per emancipationem, vel pacto legitimo; ita tamen ut alios effectus gigneret, cum est mera donatio, atque cum non est mera, & alias id genus solemnitates, quas habet a jure civili; & proinde juris civilis esse dicitur. Neque hoc novum est in jure nostro, Quandoquidem emphyteusis inter contractus juris civilis computatur, §. *actionum*, *Instit. de actionibus*, cum nihilominus a juregentium originem habuerit, eamque Bizantiū usitatam

tam esse refert Aristoteles in *lib. Politicor.* id autem factum est, quia formam, & solemnitates, quibus peragi oportet, a jure civili per Zenonem Imperatorem recepit, *l. de jure emphyteutico*. Ita quoque actiones licet ante Urbem Romanam, & ubique gentium statim ac Urbes condi, & Magistratus creari cæperunt, datæ sint, eoque a juregentium descendant; tamen si considerentur, ut certas formulas, aliasque solemnitates, quibus proponi deberent, a jure civili cæperint, de jure Romano esse dicuntur, ut notavit Zasius. Idem est de testamentis, ut magis frequens nostrorum opinio est.

Probat id etiam Julius Pacius argumento ducto ex *l. an inutilis §. ult. ff. de acceptilat.* ubi Ulpianus ait: hoc jure nos uti, ut acceptilatio, quæ jure civili est introducta, sit jurisgentium, quia servus accepto liberari potest: ergo e diverso, quia Civis Romanus res suas ad Peregrinum titulo donationis transferre nequit, ideo licet alias a juregentium descendat, tamen juris civilis esse dicetur. Sed hæc ratio facile concidit; nusquam enim in jure nostro legimus Peregrino donari non posse; imo in contrarium habemus, si uxor in casu deportationis viro donaverit, donationem valere, *l. sed si mors ff. de donat. inter virum*. Deportatus autem est Peregrinus: hoc est Civium Romanorum jure non utitur, cum ex media capitis diminutione Civitatem amisisse dicatur.

Ex his patet argumentum Giph. & aliorum nihil obstare; nam ad id, quod de traditione ajunt, respondemus traditionem sua origine attenta esse jurisgentium, utpote qua apud omnes gentes rerum dominia transferri soleant. Attamen quia traditioni, per quam donatio fit, varia sunt a jure civili addita; ideo in hoc casu erit etiam juris civilis, *d. l. jus civile ff. de justit.* Additum autem est, E. g. ut fiat per insinuationem, item ut fieri possit per traditionem fictam.

Dicitur per quam res singulæ; ubi rei nomen in amplissima significatione usurpamus, pro eo quod est, vel esse fingitur, juxta *l. rei appellatione ff. de verbor. signif.* cum donari queant res, sive soli, sive mobiles, sive corporales, sive non. Ideo autem additum est verbum, singulæ, ut indicemus donationem esse particularem modum acquirendi, non universalem; siquidem universales modi quatuor omnino sunt, Hereditas, Bonorum possessio, Adrogatio, & Bonorum addictio, *§. ult. tit. per quas personas*.

Dictum est, Dantur. Donatio enim nisi per Traditionem, seu potius Dationem fiat, Donatio non est. Etenim quamvis donatio etiam per stipulationem celebretur, etiam pacto nudo, & pollicitatione; tamen cavendum est, ne hinc cum vulgo decipiamur; quandoquidem aliud est donare, aliud convenire donationis causa. Primo itaque donare, tunc proprie est, cum res ipsa actu traditur, ut patet ex *l. 1.* & passim *hoc tit.* & ex *l. Senatus §. 1. ff. de donat. caus. mort.* Ubi Donatio dicitur Doni Datio, sicuti Græcis dicitur δῶρον a verbo δίδωμι, quod etiam dare est. II. Conventio donationis causa fit verbis, scilicet Stipulatione, Pacto, Pollicitatione; cum vero res e. g. stipulata, deinde traditur, & datur, tunc vere Donatio est; propterea quod stipulatio illa non tam fuit Donatio, quam facta, & interposita causa Donationis. Quare Donatio per traditionem dicitur Donatio rerum. At vero ea, quæ per stipulationem fit, Donatio verbis facta, *l. Papinianus ff. de donat. inter virum*; sed de hac re latius dicemus infra in capite de modis, quibus donatio perficitur. Ceterum per verbum, Datur, distinguitur donatio a legato; licet enim legatum etiam donatio fit, *l. legatum est donatio ff. de legat. 2.* Differunt tamen in eo, quod donatio datur, idest inter vivos celebratur; legatum vero dicitur relinqui, quod relinquendi vocabulum ad meras ultimas voluntates attinet, quod ex solo defuncti judicio proficiscantur, *l. 1. §. ult. ff. de tabul. exhibend.* , *§. hæc quidem Novell. de heredib. & falcid.*

Tandem dicitur ex causa liberalitatis. Verum aliquando donatio ex sola liberalitate confertur, & dicitur mera donatio; aliquando vero aliquam etiam causam habet admistam, & dicitur non mera donatio, ut si fiat ob causam præteritam, veluti quia negotia mea gessisti, dono tibi mille; sic etiam si fiat ob rem futuram, v. g.

v.g. Dono, quia nuptias contrahet. In his enim casibus non confertur donatio ex sola, & mera liberalitate, sed etiam ob aliam causam, & rationem, nimirum, vel quia negotia gesta, vel quia contrahentur nuptiæ: sed de hac re infra latius. Interim notandum, id nostro jure ex causa liberalitatis dari, quod nullo jure cogente datur, *l. donari ff. hoc tit.*

Hæc pro explicatione Definitionis dicta sunt; modo proponamus Controversias, quibus res hujus Definitionis difficiliores tuebimur. Sit ergo

CONTROVERSIA I.

An Donatio aliquando non sit acquisitio, sed contractus.

VAriæ sunt in hac re Jurisconsultorum opiniones, quas in cursu hujus disputationis afferemus. Nos interim dicimus donationem nunquam esse contractum, ut voluerit Connanus *lib.* 3. *comment. jur. cap.* 9. Merenda *lib.* 18. *controv. cap.* 6. *nu.* 4. Faber *decad.* 46. *err.* 8. Quod ut clarius pateat, distinguemus tria Capita, nimirum traditionem per quam donatio fit, & perficitur; item stipulationem; tertio pactum, sicuti etiam pollicitationem, qui sunt modi, quibus ad donandum obligamur.

I. Itaque si donatio traditione fiat, contractus non est, quod patet primo ratione, quandoquidem ex omni contractu nascitur actio, & obligatio, vel utrinque, si contractus sit ultro, citroque obligatorius, *l. Labeo* §. *contractum ff. de verb. signif.* vel ex una tantum parte, ut dicitur in *l. omnem ff. de judiciis*. At vero ex ea donatione, quæ tradendo perficitur, nulla nec actio, nec obligatio nascitur. In quantum ad obligationem patet in *l. Aristo hoc tit.* nam si servum meum tibi donem, ut eum manumittas post quinquennium, ait Jurisconsultus hic mistum esse negotium cum donatione; itaut intra quinquennium, nulla sit tua obligatio, quia quinquennium illud tibi donavi: postea vero sit obligatio, ut scilicet eum manumittas, quia post quinquennium cessat donatio, & est jam negotium, sive contractus, do, ut facias, idest, ut manumittas. Quare notanda sunt hæc verba legis, Obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est. Idem patet ex *l. obligationum substantia* §. 1. *ff. de A. & O.* ubi hæc statuitur differentia inter mutuum, & donationem, quod licet in utroque casu nummi sint dantis, & fiant accipientis, tamen ex donatione nulla existit obligatio, quod secus est in mutuo. In quantum ad actionem probatur, tum quia nulla actio nasci potest, ubi nulla obligatio præcessit, tum etiam ex *l. interdum ff. de precario*, & in *l. eum qui* §. *is qui precario ff. de furtis*, in quibus apertissime scriptum est, nullam esse proditam actionem ex donatione; ergo donatio contractus non est: & huc sane spectat, quod vulgo dicitur traditionem non tam esse contractum, quam distractum. Si vero quæres cur ex traditione, ac proinde ex donatione ita facta, nulla oriatur actio, aut obligatio; responsio facilis est, quia qui dat, jam perficit per traditionem actum, nec est, ad quid amplius faciendum, vel dandum obligetur: qui vero accipit, jam obtinuit rem, nec habet cur ulterius in donantem agat.

Hoc autem adeo verum est, ut si contractus quis ineatur animo donandi, jam nulla ex eo suboriatur neque actio, neque obligatio; tamen est contractus. Itaque mandati actio & obligatio nascitur fidejussori, si animo obligandi sibi debitorem fidejusserit, non vero si animo donandi, *l. si remunerandi* §. 2. *ff. mandati*. Ita societas parit obligationem, si non animo donandi fuerit contracta: unde quod dicitur in *l. societas* §. *ult. ff. pro socio*, nimirum donationis causa societas recte non contrahitur; id ita intelligendum est, ut non jam societas sit, sed omnino ut donatio censeatur, ut ibi notat Glossa. Ita etiam si universa venditio donationis causa facta sit, ut si nullum inde pretium recipiatur, venditio non est, sed donatio, *l. si quis donationis ff. de contrah. emt.* Idem & de locatione, *l. si quis conduxerit ff. locati.* Ita & in quasi contractibus observatur, & in negotiis gestis. Nam si sumtus sint facti non recipiendi, sed aut pietatis, aut sanguinis, aut amicitiæ causa, nulla erit obligatio vel actio ad sumtus recipiendos, *l. negotia C. de negot. gestis*, *l. ex*

l. ex duobus §. 1. & *l. Nesennius*, *l. is qui amicitia ff. cit. tit.*

Probatur secundo lege. Siquidem Paulus in *l. interdictum ff. de precario*, dicit, merito a Prætore introductum esse interdictum de precario adversus eum, qui precibus rem utendam obtinuit, ut restituat, quod nulla eo nomine jure civili prodita actio est; cujus ultimi dicti rationem his verbis subdit Jurisconsultus. Magis enim ad donationem, & beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. Ubi apertissime Paulus tam precarium, quam donationem e numero contractuum eximit, cum his illa opponat. Siquidem cum dicimus contractum absolute, tunc utimur ellypsi, & plena oratio esset negotii contractus, quia omnis contractus aliud non est, nisi negotii contractus, ut notavit Cujacius in *paratitlis C. de negot. gest.* Ita etiam loquitur Jurisconsultus in *l. stipulationum §. conventiones ff. de verbor. oblig.* ibi: Stipulationes pendent ex negotio contracto.

Hinc est, quod Justinianus sermonem de donationibus non habuit *lib. 3. Instit.* ubi de contractibus egit, sed *lib. 2.* inter modos acquirendi; siquidem olim cum donatio fiebat per traditionem nexi, seu mancipationem, civilis acquisitio erat, hodie cum celebratur per possessionis traditionem corporalem, naturalis est acquisitio, Cujacius 10. *observ.* 28.

Verum objicitur ex Jaboleno *l. in omnibus rebus ff. de act. & oblig.* ubi contractibus donatio accensetur, cum dicit in ea concurrere debere affectum ex utraque parte contrahentium; ex quo textu colligit Gothofredus ibidem, donationem esse verum contractum. Verum respondet Corasius in *l. post contractum ff. hoc tit. num.* 3. per abusum id factum esse, ut cum Ulpianus testamentum inter contractus retulit in *l. eandem rem, in princ. ff. de duobus reis.* Aliter vero respondet Antonius Contius *disput. jur. lib. 1. cap. 12.* qui ait: Cum donatio dicitur contractus, præsupponendum esse eam initam, & perfectam per stipulationem, quæ contractus est, *l.* 1. §. *final. ff. de pactis*; vel factam sub lege aliqua, cui negotium aliquid fuerit immixtum; Dono tibi prædia, ut alimenta præbeas, *l.* 1. *C. de donat. quæ sub modo*; vel dono tibi servum, ut post quinquennium manumittas, *l. Aristo ff. hoc tit.*

Sed vera responsio est, in ea lege de duobus agi a Jaboleno, licet confuse: primo de translatione & acquisitione dominii, ut patet ex illis verbis: In omnibus rebus, quæ dominium transferunt &c. eoque pertinet exemplum donationis a Jurisconsulto subjectum, quæ donatio est acquisitio dominii, sed non contractus: secundo agit de contractibus, ex quibus obligatio nascitur, unde infra fit mentio contrahentium & contractuum; & hac de causa appositum est exemplum conductionis, quæ est contractus quidem, sed dominium ea neque acquiritur, neque amittitur, *l. non solet ff. locati*. Idem intelligas de exemplo venditionis, quod ibi appositum etiam est.

II. Dicimus. Si donatio fiat per stipulationem, & loquamur de stipulatione ipsa, nulli dubium est, eam esse contractum, qui dicitur verborum; sed si loquamur de donatione, sciendum est hic nullam factam esse donationem, sed solum contractam esse obligationem ad donandum, qua obligatione tunc solvemur, cum res actu, & vere deinceps tradetur; quia in hoc casu nulla adest donatio, sed solum stipulatio donationis causa facta. Patet id primo, quia si stipulor a te mutuam pecuniam, non dicitur initus contractus mutui, qui re celebratur, sed solum facta intelligitur stipulatio, in cujus implementum mox pecunia numeranda est, *l. si ita fuero §. final. cum l. seq. ff. de novat.* ergo etiam si stipulor donationem, sola stipulatio agitur, cui tamen causam donatio dedit, ut recte notat Corasius *loc. cit.* Atque ita in similibus. Quare licet in §. *ult. Institutionib. de servit.* dicatur pactionibus, atque stipulationibus servitutes constitui; hoc tamen non est per se, nam pactio & stipulatio tantum pariunt obligationem personalem ad servitutem constituendam. Ceterum ut servitus constituatur, requiritur quasi traditio, idest, usus ex parte dominantis, & cautio, vel patientia ex parte servientis, *l. ult. ff. si servitus vindicetur*, *l.* 1. §. *ult. ff. de S. P. R. l.* 3. §. *si iter, ff. de actionib. emti*. Atque ita recte notat

Pa-

Pacius in *Instit. loc. cit.* Patet secundo, quia quæ ex donatione per stipulationem facta nascitur actio, non est actio ex donatione, qua rem donatam vindicare possimus, sed actio personalis ex stipulatu, qua personam nobis obligatam adstringimus ad tradendum id, quod se nobis donare in ea stipulatione dixit, *l. si stipulata ff. de donat. inter virum*, *Novell.* 162. *cap.* 1. & notat Wulteius *Instit. ad rubr. hoc tit.* Vigell. in *method. jur. civil. lib.* 14. *cap.* 14. *except.* 33.

Verum tamen est, aliquando large stipulationem ita factam appellari donationem, eoque sensu donationem dici posse contractum, & quidem stricti juris, quoniam etiam stricti juris est stipulatio; & ita plane intelligendus est Jurisconsultus in *l. eum qui ff. hoc tit.* in illis verbis: Cum in bonæ fidei contractibus donationis species non deputatur. Unde colligitur, donationem esse quidem contractum, non bonæ fidei, sed stricti juris, ut colligebat Gothofredus. At vero hoc non est intelligendum de omni, seu vera donatione, sed est accipiendum de donatione per stipulationem facta, ut patet ex verbo, promisit, quod in ea lege habetur, adeoque contractus dicitur non ex sua natura, sed ex vi stipulationis, in qua promissa donatio est, ut notat Hotomanus *hoc tit. cap.* 1. *in fin.*

Hæc de jure antiquo: videamus III. de novo, quo Justinianus statuit, pacto nudo donationem contrahi, *l. si quis argentum* §. *penult. C. de donat.* Et multi sunt, qui licet crediderint, docuerintque jure antiquo, seu digestorum, donationem non esse, nisi acquisitionem; tamen hoc jure novo secus putant de donatione ita celebrata, Cujacius *lib.* 10. *obs.* 28. *ad fin.* dicit donationem ex jure Justinianeo esse conventionem; maluit autem dicere conventionem, quam contractum, ex eo, ut puto, quod latius est conventionis genus, quam contractus: summa enim divisio conventionum est in duo genera, scilicet in contractum, & pactum, Cujacius idem 11. *obs.* 37. Cum ergo ex Justiniano possit donatio non solum per contractum, sed per pactum etiam celebrari; ideo visum est Cujacio eam non contractum, sed conventionem appellare. Ceterum Balduinus *de jure novo ch.* 351. Hotomanus *loc. cit.* Corasius in *d. l. post contractum*, *num.* 4. docuerunt, ex Justiniano donationem esse contractum. Sed hoc nomine contractus usi sunt large, prout etiam pacto legitimo adaptari potest; nam pactum legitimum etiam contractus dicitur, cum pariat obligationem, ex *d. l. omnem ff. de judiciis*. Quæ sententia roboratur ex eo, quod donatio dilucide appelletur contractus a Justiniano in *l.* 8. *C. de præscript.* 30. *annorum*.

Verum falluntur, quia pactum non constituit donationem, sed ut modo dicebamus de stipulatione, tantum obligat personam ad rem donandam, quod tunc demum fit, cum res traditur; Justinianus autem in *d. l. si quis argentum*, non aliud effecit, nisi ut conventiones, seu contractus de donando per nudum pactum, qui olim obligationem non gignebant, hodie gignat. Ceterum cum donatio dicitur contractus a Justiniano, id non factum est ratione sui, sed ratione pacti legitimi, cui donatio causam dedit. Hoc quod de pacto legitimo diximus, locum etiam habet in pollicitatione; siquidem verum est id quod multi putant, hodie posse etiam pollicitatione donationem perfici ex *d. l. si quis argentum*. Quam opinionem veram esse nos infra cum Antonio Fabro palam faciemus.

CONTROVERSIA II.

Donationem quandoque non esse alienationem, semper esse acquisitionem.

Mirum fortasse alicui videbitur hac de re controversiam excitari, cum hactenus ab omnibus, quod sciam, pro certo ratoque habitum sit donationem semper esse, & dici debere veram alienationem; adeout Cujacius vir accuratissimus non dubitaverit in definitione donationis eam appellare alienationem, ut in paratitlis ad hunc titulum, & Hotom. eam dixit, liberalem esse translationem. Verum nos duo statuimus; unum ex parte donatoris, ubi asserimus donationem non semper esse alienationem, sed aliquando fieri per simplicem acquirendi permissionem. Alterum ex parte dona-

ta-

tarii, respectu cujus dicimus donationem semper esse acquisitionem: de singulis seorsim agemus.

Primo ergo, quod donatio non semper fiat per alienationem, evidentissime probatur ex Ulpiano in *l. si sponsus* §. *si maritus ff. de donat. inter virum*; in qua si maritus institutus heres donationis causa repudiat hereditatem, ut eam sibi acquirat uxor, quæ est vulgariter substituta viro, vel alioqui successura ab intestato repudiante viro, ait Jurisconsultus eam viri donationem collatam in uxorem valere; & nihilominus maritus repudiando, & donando, nihil de patrimonio suo alienat. Ceterum notandum est, controversiam illam, an qui non acquirit, cum possit, censeatur alienasse, non habere locum in hereditate, sed solum in legatis propter leges invicem pugnantes. Etenim in *l. magis puto* §. *fundum ff. de rebus eorum*, asseritur, quod alienat, qui legatum repudiat, quod tamen negatur in *l.* 1. §. *utrum ff. si quid in fraudem patroni*, in *d. l. qui autem* §. *sed & illud*, & in *d. l. si sponsus* §. *si maritus in fin.* De quarum legum conciliatione alibi agemus. Non est ut dicebam eadem difficultas in repudiatione hereditatis, quam leges omnes uno ore testantur, non esse alienationem, ut in nostra *l. si sponsus* §. *si maritus*, in *d. l. si autem* §. *unde*, & in *d. l. alienationis* §. 1. Ratio vero cur hæc difficultas in hereditate locum non habuerit, pendet ex eo, quod hereditas non fit nostra, nisi per aditionem, ut propterea qui eam ante aditionem repudiat, nullo modo dici possit alienare. Non ita sese res habet in legatis, quæ statim a morte testatoris nostra fiunt: quare qui post hujus obitum repudiat, recte dubitari potest, num alienet, an non.

Hinc manifestum est, quam graviter decipiantur, qui in specie *d.* §. *si maritus*, putant intervenisse momentaneam acquisitionem, hoc est maritum acquisivisse sibi quidem hereditatem, sed eam momento post uxori repudiasse; nec propterea ex hac repudiatione vir dicitur factus pauperior, quia momentanea acquisitio apud nos nullius est momenti, ut post alios docet Olea *de cessionibus q.* 3. *art.* 45. Verum nescio an quid absurdius comminisci possit; nam uti dictum est, Jurisconsultus in ea lege aperte demonstrat, Maritum non alienasse, eoque neque unquam acquisivisse. Cum vero dicunt momentaneam acquisitionem esse parvifaciendam, id verum est, quando per actum momentaneum nihil in alium transfertur, vel ex eo nullus effectus resultat, sed actus ipse momento dissolvitur. Patet id ex *l. qui sic solvit ff. de solutionibus*, quæ ab adversariis adducitur, in qua debitor, e. g. ex mutuo, qui æs alienum solvit sub ea conditione, ut illud iterum recipiat, non liberatur, nec prior mutui contractus dissolvitur; itaut cum deinceps eandem pecuniæ summam a creditore accipit, remanet obligatus ex illo priori contractu; neque novus dicitur celebratus. Hoc ideo, quia actus ipse solutionis dissolvitur, & pecunia redit ad solventem, eoque nullum effectum producit. Quare secus esset, si ea pecunia ad extraneum perveniret jussu solventis; tunc enim extincto mutui contractu, orietur mandatum, & de mandato actio, ut recte notat Baldus in *l.* 1. *C. de sponsalibus*. Adde nullam in ea lege mentionem momentaneæ acquisitionis haberi, sed generatim loqui de eo, qui sic solvit, ut recipiat nec additur, an velit statim recipere, an multo post tempore. Hinc ex ea lege hæc solum regula elici potest; actus, qui nullum effectum producit, pro nullo habetur. Idem omnino patet ex *l. si pro patre* §. *versum ff. de in rem verso*, ubi versum ita demum intelligitur, si duret versum; neque distinguitur, utrum versum duret momento, vel die, sed ut versum non dicatur, satis est, si tandem aliquando priusquam de in rem verso actio proponatur, versum evanescat, nec ex eo aliquem pater effectum senserit. Id autem in specie *d.* §. *si maritus* non esset, quia jam viri acquisitio effectum habuisset.

Verum adhuc gravis difficultas superest. Posset enim quis ultro nobis dare, in hac Ulpiani specie virum hereditatem donando uxori, nihil de re sua distraxisse; contenderet tamen hic neque ullam fuisse donationem; itaut cum Ulp. actum illum donationem vocat, vel large loquendo, id fecisse; vel omnino esse deceptum. Non enim ulla concipi potest donatio sine di-

minutione patrimonii ejus, qui donat: quod constat ex Pomponio in *l. sed si vir §. quod legaturus §. de donationibus inter virum*. Verba Jurisconsulti ita habent: Quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meæ relinquere, & non videbitur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur, in quo maxime majores donanti succurrisse Proculus ait. Hæc ille, ubi aperte Pomponius demonstrat non esse donationem viri in uxorem, si vir rogat testatorem ut hereditatem, quam sibi relinquere vult, relinquat uxori suæ: & hoc non alia ratione, nisi quia vir patrimonium non diminuit. Quare ita prorsus in specie Ulpiani; cum neque ibi viri res atteratur, non dicetur donasse, cum hereditatem, quam sibi quærere potest, permittit ut uxor acquirat.

Sed hoc nihil obstat: & adeo falsum est Pomponium Ulpiano repugnare, ut etiam pulchre consentiant. Duæ enim ex Ulpiano distinguendæ sunt donationum species, ambæ veræ, sed harum una est inter conjuges prohibita, altera vulgo permissa. Prohibita est, cum vir donando patrimonium minuit: permissa, cum donando, non minuit. Hoc idem habet Pomponius; non enim negat, cum uxor rogatu viri hereditatem viro relinquendam, sibi acquirit, esse donationem, sed negat solum esse donationem, quæ inter conjuges prohibeatur. Et huc spectat ratio, quam mox subdit, nimirum, majores tunc succurrisse viro donatori, cum res suas diminuit. Quare cum hic non diminuit, non est cur dicamus isto casu nullam esse eam conjugalem donationem. Et plane si Pomponius credidisset, in ea specie nullam omnino adesse donationem viri in uxorem, non tot verbis usus esset, sed tantum dixisset, uxorem recte sibi acquirere hereditatem, quia ibi nulla donatio est: nec fuisset opus addere, majores prohibuisse donationes, in quibus conjux patrimonium diminuit. Quare ex hac lege potius confirmatur opinio Ulpiani, & nostra, tantum abest, ut labefactetur; ita ut jam alium habeamus ex Pomponio casum, in quo quis donat absque eo, quod alienet.

Quod probatur I. quia in hac specie hereditas adhuc viro quæsita non erat, cum repudiatur, ex eo quod hereditas quæsita repudiari non potest, siquidem repudiatio est earum solum rerum, quas in arbitrio nostro est acquirere, vel non. Jus vel est quæsitum, vel quærendum, vel solum delatum. Si Titius, qui me heredem pure instituit, est adhuc superstes, ejus hereditas est mihi quærenda: si jam e vivis abiit, erit delata: sed cum post Titii mortem hereditatem ejus adeo, tunc acquisita hereditas dicitur. His positis dicimus, primum hereditatem non esse juris quærendi, cum repudiare sit idem ac dicere, nolle se eam acquirere; ejus autem est nolle cujus est velle, *l. nolle ff. de acquir. hered. l. qui potest*, *l. 1. ff. de reg. juris*: quare cum in jure quærendo dicere non possimus velle, constat neque posse nos dicere nolle, hoc est repudiare. Ita ergo vivi hereditas repudiari non potest, *l. qui superstitis ff. cit. tit.* ita etiam si testator fuerit mortuus, sed adhuc conditio institutioni apposita non extiterit. Secundo dicimus nec etiam jus quæsitum recte repudiari; cum enim hereditas quæratur per aditionem, dicendo velle nos eam nostram fieri, non datur pœnitentiæ locus, ut mox dicamus, nolle acquirere, jam voluntarie acquisivimus. Quare frustra repudiamus, quod nobis quod jam quæsitum est, *l. suus heres*, & *l. sicut, C. de repud. hereditate*. Tertio itaque superest, ut dicamus, repudiationem solam locum habere in hereditate filii nondum quæsita, sed jam delatam ut certe constat ex citatis juribus. Itaque in specie nostra, cum maritus repudiat hereditatem, nihil aliud agit, nisi ut dicat, ostendatve nolle se hereditatem acquirere, licet possit, si velit. Hinc est, quod hereditatis omissio, seu repudiatio non venit sub nomine alienationis, ut expressim dicitur in *l. alienationis §. 1. ff. de verb. signif.* & in *l. qui autem §. unde ff. quæ in fraudem creditorum*. Ubi notandum, hoc jus, quod ait hereditatem non delatam non recte repudiari, esse correctum ex constitutione Bonifacii in *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* quamvis enim Pragmatici vulgo distinguant inter renunciationem, & repudiationem, ut hæc juris delati sit, illa juris quæsiti; hæc tamen distinctio omnino commen-

mentitia est, uti constat ex *d. l. sicut major*, ubi hereditas quæsita dicitur non posse renunciari, hoc est repudiari: quare omnino dicendum puto hac in re jus civile esse a jure Pontificio correctum, vel saltem restrictum; ubi enim illud statuit hereditatem, quam delatam iri speramus, non posse repudiari, *d. l. qui superstitis*, hoc voluit, id locum non habere, si repudiatio, sive renunciatio jurejurando firmetur, *d. cap. quamvis pactum*.

II. Probatur manifeste ex ipso Ulpiano, qui cum probare velit, hanc mariti donationem validam esse, ait donationes conjugales tunc improbari, cum vir donans fit pauperior, uxor donataria ditior fit, secus enim valet. Hoc autem non est in specie proposita, cum vir donando non evadat pauperior: neque enim (subdit Jurisconsultus) pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuerit; hoc est vir, cum hereditatem sibi relictam repudiat, non suum patrimonium diminuit, eoque nihil alienat, sed tantum id, quod acquirere poterat, omittit.

III. Patet, quia si ulla hic alienatio respectu viri comminisci posset, jam uxor ad hereditatem repudiatam veniret, tanquam ad bona viri jure singulari. Quod est contra Ulpianum, dum asseverat uxorem hereditatem eam sibi acquirere jure civili, vel quia testatori successura ab intestato, vel quia viro suo vulgariter ab eodem testatore substituta. Adeout hoc casu nulla actio in virum, sed omnis in uxorem competeret.

IV. Quia si vir hic alienaret, utique dicendum est, eam hereditatem jam viro acquisitam; nam alienatio est rei nostræ, nostrique juris in alium translatio, seu cum res nostras alienas facimus: quare si hereditas jam viri est, consequens omnino fit eam hereditatem jam esse aditam a viro, non enim alterius hereditatem, nisi adeundo, nobis acquirimus. Quod est contra Ulpianum, qui primo ait virum non acquisivisse, secundo eandem repudiasse; & repudiatio est actus contrarius aditioni: siquidem adire est hereditatem velle, repudiare est eandem nolle. Manifestum itaque omnino est, donationem hanc a viro uxori factam, licet valida & vera donatio sit, non tamen esse alienationem, cum solum maritus uxori locum cedat; & permittat, ut ipsa sibi acquirat, quod vir exclusa uxore, acquirere potuisset, si ita ei fuisset libitum. Ceterum aliud est, si vir non repudiasset hereditatem, sed solum eam uxori suæ donasset; quo casu hereditas prius adita censeretur a viro, & deinde uxori donata: nam aditio, quæ præcedere debet, occultatur; & facta donatio præcedentem aditionem supponit, ut patet ex *l. gerit*, *l. pro herede §. servos ff. de acq. hereditate*, *l. si avia C. de jure delib.* Hic vir patrimonium suum diminueret, alienaret, & fieret pauperior, adeoque donatio sibi constare non posset. Sed aliud est in specie Ulpiani, ubi, ut visum est, vir hereditatem non adit, nec adisse censetur, cum expressim eam repudiasset.

Hinc ergo probatum remanet, quod jam asseruimus, nimirum posse quem res suas alienare, etiamsi alter non acquirat. Si enim hodie jam certi juris est dominum, qui rem suam pro derelicto habet, statim dominium amittere, etsi statim res alterius non fiat; consequens omnino fit, ut dicamus alienationem dupliciter fieri posse, vel per simplicem dominii & juris desitionem, ut accidit in derelinquente: vel per ejusdem translationem. Ratio autem, cur ita statutum sit, eam esse puto, quod sicut quis potest acquirere, absque eo quod alter alienet, ut accidit in occupatione: ita e diverso poterit quis alienare absque eo, quod alter acquirat. Omnia enim, quæ jure acquiruntur, contrario jure pereunt, *l. omnia ff. de reg. juris*.

His itaque positis, patet non recte ab aliquibus dictum esse, cum res pro derelicto habetur, transire dominium non in unum aliquem, sed in ipsam hominum communitatem, & proinde in eo casu esse simul alienationem, atque translationem. Id enim contrarium est Jurisconsultis, & Justiniano in locis allegatis, qui diserte ajunt eam rem nullius esse, nec fieri alterius, nisi per occupationem; & plane si dominum haberet, occupanti concedi non posset, siquidem occupatio vera solum est in rebus nullius. Aliter res publicæ, communes. Universitatis, etiam occupantibus concedi possent, quod absurdum esse, nemo

mo est, qui non sentiat. Alia ratio est in Missilibus, in quibus voluntas domini in incertam personam collata transfert proprietatem, ut ait Imperator in §. *hoc amplius*, *Instit. de rerum divis.* Hoc est in rebus, quæ pro derelictis habentur, qui derelinquit intendit solam amissionem dominii: at in Missilibus, qui mittit, intendit etiam dominii translationem, licet in personam incertam, ut clarius dicitur in *l. qua ratione* §. *item si quis ff. de acq. rer. dom.*

Verum hic duæ suboriuntur difficultates. Primo, si rei alienæ donatio non valet, ut docet Pomponius, consequens jam est, ut qui accipiat, justum titulum, seu justam possidendi causam non habeat: eoque nec posse usucapere, cum usucapio absque titulo non permittatur: id autem est contra titulos *ff. & C. pro donato*, ubi de usucapienda re aliena donata agitur. Secundo si verum est rem alienam donari non posse, falsum est, quod supra retulimus ex Ulpiano in *d.* §. *si sponsus*, & ipso Pomponio in *d.* §. *quod legaturus*, ex quibus maritus uxori rem non suam donat.

Sed ut priori difficultati obviam eamus, distinguendum est inter rem prorsus alienam, & inter rem alienam quidem, sed in qua donator aliquid juris habet, ut possessionem; nimirum si quis rem alienam bona fide possideat, eamque donet alteri: nam hoc casu valet donatio rei alienæ, quia aliquid in ea re habet donator, nempe jus bonæ fidei possessoris, quod transit in donatarium, ex quo hic potest percipere fructus, & usucapere. Et de hac donatione rei agunt *tit. pro donato* in *ff. & C.* Quare recte notatum est a Theophilo, quod si per traditionem trasferamus possessionem seu detentionem, id ad usucapionem satis est. Itaque licet cum donamus rem alienam, minime dominium transcribatur, tamen transfertur possessio, in qua donationis titulus substinetur, & hæret. Si enim quis mihi petierit, cur possideam, responsum accipiet, quia dono eam rem habui.

In quantum ad alterum dubium, distinguendum est inter rem prorsus alienam, & inter eam quæ potestate mea est, hæc est quam alio jure possumus acquirere, si velimus; ut si mihi legata sit, vel jam sit mihi a domino leganda. Unde si ipsam acquirere recuso, ut rogatu meo, vel ope mea tua fiat, jam habes eam meo beneficio, & donatione. Quare hoc casu ideo mea non est, quia meam esse nolo, & tua fit, quia tuam fieri volo: eoque non consideratur ac si esset prorsus aliena. Est tamen differentia inter donationem rei meæ, & rei potestate meæ; quod illam accipiens possidebit titulo donationis: hanc titulo legati, vel institutionis ab alio quopiam factæ. De hac donatione ergo loquuntur Jurisconsulti in *d.* §§. *si sponsus*, & *quod legaturus*.

Secundo itaque Donatio respectu ejus, qui accepit, semper est acquisitio sive rei, sive juris alicujus. Patet id tum per se, tum ex Pomponio in *l. in ædibus* §. *donari ff. hoc tit.* ubi res aliena, ideo donari non potest, quia ejus non fit, cui donatur.

Objicitur I. Si rei alienæ donatio non valet, consequens est ut qui accipit, justam possidendi causam non habeat, nec propterea possit capere usu, quod est contra *tit. ff.* & *C. pro donato*. Quare dicendum est valere, eoque posse donationem dari, in qua Donatarius nihil statim acquirat.

Huic difficultati obviam ire conatus est Accursius in *d.* §. *donari*, ubi distinguit inter donationem stricte, & large sumtam. Stricta donatio est, per quam rei dominium transfertur, & sic res aliena donari prohibetur; large ut etiam in rebus alienis donatio fieri possit, & locum habebit actio pro donato. Hæc responsio, ut ut tueri possit, tamen magis secundum Jurisconsultorum morem, & doctrinam erit, si distinxerimus inter actum, Verum, Invalidum, & Nullum. Verus actus est, qui in quantum ad rem tenet, & juris effectus omnes habet. Nullus est, cum nullum juris effectum producit, nec tenet, & propterea non facere, ac ita facere, perinde fit, *l. ita autem ff. de administrat. tutor.* Et tandem actus invalidus dicitur, cum licet in quantum ad rem non teneat, sortitur tamen nonnullos juris effectus. Patet id exemplo venditionis, in qua si nesciens rem sacram emerim, quamvis emtio frustra facta sit, proditur tamen mihi actio ex emto ad id quod interest, *l. qui officii* §. *si*

§. *si nesciens ff. de contrahend. emt.* Sed jam hæc ad rem nostram aptemus, si pater donat filio, quem in potestate habet, nulla donatio est, adeout filius nec usucapere possit, tanquam si nulla facta esset donatio, *l. 1. §. si pater, ff. pro donato*. Cum vero extraneus quis a domino, quid dono accipit, vera donatio est, nimirum valet, & omnes juris effectus habet. Ac si qui donavit, dominus non est, tunc dicemus Invalidam donationem esse, cum res non fiat accipientis; at producere nonnullos effectus juris, ut quod usucapere possit, titulo pro donato. Porro cum donatio a nobis definita est, intelligimus de vera donatione, quæ semper acquisitio est, *d. §. donari*.

Posset adhuc aliter huic difficultati obviam iri cum Theophilo in *tit. de usucapionibus, in princ.* qui notat, si per traditionem transferamus *possessionem, seu detentionem*, id ad usucapionem satis esse. Ita ergo licet cum donamus rem alienam, minime dominium transcribatur, tamen transfertur possessio, sive detentio, in qua donationis titulus substinetur, & hæret; si enim quis petierit, cur possideam, responsum accipiet, quia dono eam rem habui; quo etiam confirmatur id quod modo dicebamus donationem rei alienæ, licet invalidam, non tamen esse omnino inutilem; transfert siquidem detentionem, sive possessionem, ob quam usucapio poterit a nobis perfici, quod non est in donatione Patria ut dictum est.

Objicies II. Si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam; donatio vera est, & valet, *d. l. in ædibus, in princ. ff. hoc tit. l. contra juris §. finali ff. de pactis, l. si quis in obligat.* ubi Glossa *ff. de regul. jur.* adeout expresse docuerit Bartolus in *l. si unus §. pactus ne peteret ff. de pact.* Mulierem non posse pacisci cum viro, ne ab eo petat, quod sibi debet; quoniam hæc donatio esset improbata a SC. quam sententiam sequuntur ibi Jason *num. 31.* Zasius *num. 33.* aliique, & nihilominus nulla hic acquisitio facile intelligi potest, non juris petendi, quod semper apud creditorem est, non exercitii juris hujus, quod licet definat esse penes creditorem, non tamen migrat in reum.

Verum facile respondetur hic quasi traditionem intelligi oportere; itaut fingatur debitor æs alienum mihi solvisse, eumque brevi manu iterum a me causa donationis accepisse, non quidem ut eo perpetuo fruatur, sed ad certum tempus, & proinde debitor ex hac donatione acquirit rei possessionem, omniaque commoda, quæ possessorem sequuntur, ut patet.

CONTROVERSIA III.

An donatio quandoque sit modus acquirendi universalis.

HÆc quæstio oritur ex donatione omnium bonorum. Quare in antecessum notandum est, quod etsi varie dubitatum sit, si bonorum omnium præsentium, futurorumque donatio jure subsistat, an secus, tamen apud omnes illud constat, donationem valere, cum quis omnia bona sua, hoc est præsentia tantum donet, *l. penult. C. de donationib.* Hinc ergo quæritur, utrum donatarius iste loco successoris universalis haberi possit, & eo casu donatio modus acquirendi universalis sit? Id autem sive intelligatur de eo, qui tantum præsentia bona donavit, sive de eo, qui etiam futura, perinde est; utrobique enim eadem difficultas, eædemque rationes locum habent.

Itaque ut omnia clara fiant, videndum est, quid intersit inter utrumque acquirendi modum, Universalem, & Particularem. Tradit id Theophilus ad titulum per quas personas nobis acquiritur, in fine, ubi particularem acquisitionem esse docet, cum una res geritur, & una res nobis acquiritur. Quod verissimum est: sive enim usucapionem consideremus, sive legatum, sive aliam quamcumque acquisitionem particularem, una res geritur, & una species, vel una summa acquiritur. Quod si dicas, divenditis pluribus rebus, intelligi unam esse contractam venditionem, *l. & si uno, l. si duorum ff. de actionibus emti, l. cum ejusdem ff. de ædil edicto, l. cum plures ff. de evictionib.* respondendum est, emtionem venditionem esse contractum, non modum acquirendi: ut propterea per ipsam non acquiratur res, sed jus in personam:

& si-

& sicuti per modum particularem una res acquiritur, ita per contractum una actio. Et decipiuntur quotquot Theophilum ita interpretantur, ut cum dixit unam rem acquiri, intelligant unum jus: decipiuntur ideo, quia per contractum solum acquiritur jus, sive in personam, ut in emtione, venditione; sive in rem, ut in pignore, vel hypotheca; at per modas acquirendi quæritur nobis res ipsa, seu jus dominii in re. Quod si testator leget jus, quod ipse habet, ut in nomen debitoris, tunc juris illius dominium reliquisse intelligatur.

Et hinc pendet ratio, cur in legato annuo tot intelliguntur facta legata, quot sunt præstationes & anni, *l. 4. ff. de annuis legatis*, *l. cum in annos ff. quando dies legatorum cedat*; cum enim legatum sit modus acquirendi particularis, scilicet unius rei, fit ut multiplicatis rebus, multiplicentur etiam legata; quare etiamsi legaverim Stichum & Pamphilum, duo legata erunt, licet aliud sit si legaverim duos homines, aureos centum quæ unum faciunt, & unam summam, *l. si ex toto fundo* §. *si ita legatum*, ubi Gloss. verbo *lecticarios ff. de legat.* 2. Gloss. eadem in *l. scire debemus* §. *si stipulatione, v. plura legata ff. de verb. oblig.* Hoc restringitur, si aliunde evidens fiat, testatorem pro oculis unicam summam habuisse, quam in annuas pensiones ideo divisit, quoniam legatario consultum, vel heredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem, *l. Firmio* §. *pater*, *l. nec semel ff. quando dies legat.*

Est tamen aliqua inter hos particulares modos differentia; nam in legato dominium ipso jure transit in legatarium, *l. a Titio ff. de furtis*, *l. legatum ita ff. de legat.* 2. licet possessio non transeat, nisi res comprehendatur, *l. 1. ff. quor. legatorum*. Non ita in donatione; ex qua nisi res donata apprehendatur, dominium in donatarium non transit, *l. Seja ff. de mortis causa donat.* Atque de his modis, qui sunt extra causam ultimæ voluntatis, intelligendum est, quod dicitur in *l. traditionib. C. de pactis*.

Modus universalis ex eodem Theophilo est, cum una res quidem est, quæ geritur, sed multa sub uno dominii nostri fiunt. Et recte non dixit omnia, sed multa; nam licet olim arrogato patrefamilias omnia quæ ejus erant, exceptis iis, quæ capitis diminutione pereunt, in eum transibant, qui adoptabat, *l. si paterfam. ff. de adoptionib.* hodie tamen ex Justiniani constitutione adrogator in bonis adventitiis arrogati tantum usumfructus habet, ad similitudinem naturalium parentum, *l. cum oportet C. de bonis quæ liberis*. Ita etiam in hereditate, per quam omnia quidem defuncti jura transeunt in heredem, sed non rerum possessio, quæ nisi naturaliter comprehensa sit, ad heredem non pertinet, *l. cum heredes ff. de acq. poss. l.* 1. §. *Scævola ff. si quis testamento liber.* Sed an heres acquirat omnia defuncti Jura dubitari potest: nam aliqua jura excipiuntur a lege, ut quæ morte testatoris pereunt, veluti jus agnationis, usufructus, & cetera personalia, in quæ non succedit heres, *l. 1. in fine ff. de constitutionib. principum*, *l. ex plurib. ff. de admin. & periculo tutorum*, *l. maritum*, *cum seq. ff. sol. matr. l.* 1. §. *pen. ff. de aqua quotid.* Sed si dicas, intelligi de omnibus juribus, quæ possunt acquiri, & quæ de uno in alterum migrant; adhuc tamen falsum videri potest; nam ex his aliqua excipiuntur a testatore: ut jus dominii, quod in rebus pure legatis testator habebat, recta via a defuncto transit in legatarium, nec heredi acquiritur, *l. legatum ita* 82. *ff. de legat.* 2. *a Titio ff. de furtis*. Quare licet ab intestato nonnunquam quando potest in codicillis legari, heres in omnia jura defuncti, quæ acquiri possunt, succedat: ex testamento tamen aliquando non in omnia succedit, cum excipienda sint legatorum Jura: eoque recte Theophilus dixit, Multa. Neque enim recipiendum est, quod voluit Connanus 4. *comment. juris* 9. *num.* 11. nimirum heredem adeundo hereditatem aliquo modo eorum legatorum fieri dominum; nam hoc falsum est, quoniam ideo dictum legata transire recta via in legatarium, ut cognoscamus numquam heredis personam attingere, ut perspicue in dictis juribus habetur. Itaque in heredem non semper omnia defuncti jura transeunt, sed tunc cum ita libitum fuerit testatori, hoc est, si nulla legata, saltem pura fecerit. Ideo illa definitio, est successio in

in universum jus, non dicit semper, sed sæpe; ut in definitione legati, illæ voces, Ab hærede, & Præstanda; nam in legato rei alienæ res datur, non tamen præstatur ab herede. Hoc, quod diximus de arrogatione & hereditate, etiam in bonorum possessione, & addictione locum habere facile patet. Dixit etiam Theophilus in modis universalibus multa acquiri sub uno, hoc est simul, & unico titulo: ita heres simul ac adit multa testatoris jura adipiscitur solo hereditatis titulo.

His positis, videamus jam, utrum donationi bonorum omnium conveniant conditiones modi universalis acquirendi, an vero particularis? Et prima fronte posset quis colligere, esse universalem; nam una res est, quæ geritur, & multæ sunt quæ simul acquiruntur sub uno titulo, scilicet donationis: quare donatarius eo casu erit loco heredis.

Verum adversus hanc opinionem disputavit Antonius Faber *decad.* 48. *err.* 7. cujus rationes an evincant, quod ipse intendit, mox videbimus. Interim nos huic ejus opinioni adhærescimus, sed alia omnino via procedemus. Donationem itaque semper esse particularem acquirendi modum facile probatur, quia usquam in jure Justinianeo leguntur aliæ acquisitiones universales, quam hereditas ex jure civili, Bonorum possessio ex jure Prætorio, Arrogatio ex moribus Populi Romani, & Addictio Bonorum ex Rescripto Divi Marci. Donatio vero nonnisi inter acquirendi particulares modos recensetur, ut patet ex *d.* §. *ult. Instit. per quas personas nobis*.

Probatur etiam evidentissime ex Juliano in *l. omnes debitores* §. *Lucius ff. quæ in fraudem creditorum*, ubi omnium rerum donatarius non convenitur actione personali a creditoribus donatoris; quod utique fieri posset, si universalis successor, & loco heredis esset; sed in eum agitur ex actione Pauliana, seu edicto fraudatorio. Constat etiam ex *l. mulier bona ff. de jure dotium*, ubi maritus qui universa bona uxoris in dotem accepit, conveniri a creditoribus uxoris, tanquam loco heredis, non potest. Ergo idem est, si res omnes donationis causa acceperit. Sed de harum legum interpretatione porro agemus.

Verum negamus in donatione omnium bonorum plures res simul acquiri. Hoc monstri instar apud aliquem habebit, tamen certissimis juris rationibus nititur. Quoniam vero donatio fieri potest re, seu traditione, & verbis, seu stipulatione, & pacto, ideo hos omnes casus consideremus.

Primo ergo de traditione. Traditio Universitatis fieri non potest, sed solum rerum singularum; tum quia universitas est nomen juris quid incorporale significans, quod neque tangi, neque tradi potest, ut propterea traditio solum rerum singularum fit; tum etiam quia traditio computatur inter particulares acquirendi modos, §. *per traditionem Institut. de rerum divis.* Quare licet quis omnes res suas tradat, non tamen unica traditio est, sed tot factæ traditiones intelliguntur, quot res ipsæ sunt. Patet itaque unam rem geri, & unam rem acquiri, non item plures; quare tamen non erit universalis acquirendi modus. Ceterum aliquando in jure nostro plures res pro una considerantur, cum non ita stricte hac in re procedendum sit. Sunt enim apud Jurisconsultum tria corporum genera. Primum dicitur continuum, eorum nempe, quæ uno spiritu constare dicuntur, ut homo, equus, tignum. Alterum concretum, quod constat ex partibus cohærentibus, ut ædificium, navis, armarium. Ultimum est dejunctum constans ex distantibus partibus, ut grex, armentum, legio, populus, mille aurei, *l. rerum mixtura ff. de usurpationibus*, Seneca *lib.* 7. *epist.* 103. Hinc ergo licet tot sint stipulationes, quot res, tamen familiæ, vel omnium servorum stipulatio una est. Item quadrigæ aut lecticariorum, *l. scire debemus* §. 1. & 2. *ff. de verb. oblig.* Item prorsus, quod in stipulatione, intelligendum est de traditione seu donatione, quæ per eam fit.

Sed si secundo Donatio omnium bonorum fiat per stipulationem, Donatarius non solum non acquirit res multas Donatoris, sed nullam omnino rem: siquidem stipulatio est contractus, per quem rerum dominium non acquirimus, sed solum actionem condictitiam adversus eum, qui promisit dare, vel facere, ut jam supra in prima controversia explanatum est. Itaque neque hoc casu donatio erit modus uni-

universalis, ad quem constituendum Theophilus requirit, ut res multæ acquirantur, non unica personalis actio. Idem est si hæc donatio interponatur pacto nudo, vel etiam pollicitatione, quod fieri posse statuit Justinianus in *l. si quis argentum §. penult. C. de donat.*

Verum licet in hoc casu traditio etiam rerum singularum fit; quoniam tamen præcessit conventio de universitate, non de rebus singulis, cujus gratia traditio deinde fit, ideo una, non plures donationes factæ intelliguntur; tamen quia res sigillatim mox traduntur, ideo pro quavis vice singularum etiam rerum dominium acquirimus.

Sed age videamus, quomodo ab Antonio Fabro arguatur, quod licet in donationem veniat universitas bonorum, non tamen inde fieri, ut donationis titulus videri debeat universalis. Dicit patere id exemplo hereditatis venditæ, quæ quamvis tota vendatur, non tamen ideo emtor habetur loco heredis, sed eam omnino possidet titulo singulari, ob idque nec creditoribus hereditariis tenetur, quamvis ea lege contraxerit, ut iis satisfaciat *t. 2. C. de hered. vendit.* Ergo ita quoque in omnium bonorum donatione.

Verum hoc tanti viri argumentum vitio laborat; quandoquidem emtor hereditatis non possidet ea bona, uti hereditatem, & universam substantiam defuncti, sed uti partem patrimonii ejus, qui illam divendit, nempe quoniam ea hereditas, quæ venditur, jam adita, & acquisita fuit a venditore, ideo amplius hereditas non est, sed conversa intelligitur in patrimonium venditoris. Unde ante aditionem, qui res hereditarias subtrahit, tenetur non actione furti, sed crimine expilatæ hereditatis: secus si jam adita sit, *l. hereditariæ ff. de furtis*. Hinc duo colliguntur; primo, emtorem hunc non posse conveniri a creditoribus defuncti; quia ipsius heres non est. Secundo nec etiam haberi loco heredis debere respectu venditoris, cujus non omnia bona emit, sed solum hereditatem illi obventam. Nullo modo itaque recte ab emtore partis bonorum argumentum ducit ad donatarium bonorum omnium; non enim quod ille loco heredis non sit, statim sequitur; neque hunc loco heredis habendum esse.

Verum id notandum, aliud Jus locum habere si vendatur hereditas, ac si donetur. Qui emit hereditatem non tenetur neque excipere actiones hereditarias, neque creditoribus victoribus facere satis, nisi fiscus sit, qui vendiderit, *l. 1. C. de hereditate vendita*. Excipere actiones, est se liti offerre, eamque suis impensis persequi; litem, inquam, a creditoribus hereditariis motam. Facere satis est solvere creditoribus, qui in lite obtineant. Hoc adeo verum est, quod si emtor tantum ad faciendum satis se obligavit, non possit mox cogi actiones hereditarias excipere; cum plurimum inter utrumque intersit. Quare actiones excipere debet heres venditor, qui si lite dijudicata damnatus fuerit, tunc emtor, qui facere satis promisit, solvere cogetur. Atque ita intelligenda est *d. l. 2. C. de hered. vendit.* quam pessime interpretatus est Ant. Fab. cum ait, emtorem hereditatis non teneri creditoribus hereditariis facere satis, quoniam hac lege contraxerit; quippe non vidit, quantum intersit, inter excipere actionem, & facere satis. Secus est in donatione, nam hereditate donata, qui eam accipit, per actionem præscriptis verbis cogitur donatorem adversus creditores defendere, hoc est actiones excipere: & si lis adversus heredem dijudicetur, ipse etiam donatarius faciet satis, *l. hereditate, ff. hoc tit.* Ideo autem datur actio præscriptis verbis, quoniam quotiescunque de nomine alicujus contractus ambigitur, convenit tamen ex eo aliquam actionem dari, ad actionem præscriptis verbis recurritur, *l. 1. ff. de æstimatoria, l. 1. cum seqq. ff. de præscript. verbis*. Distant ergo donatio hereditatis, & venditio. Ratio disparitatis quæ sit, quæritur. Et nos dicimus rationem pendere ex eo quod donator suæ liberalitatis pœnam pati non debet, *l. ad res donatas, ff. de ædil. edicto;* ubi si res ab eo, cui donata est, melior facta sit, & mox quia vitiosa vel morbida reperta est, velit donatorem redhibere; non potest donator quanti ejus interest, qui meliorem fecit, conveniri; ne liberalitatis suæ donator pœnam patiatur. Hinc cum inquietatur a credito-

ri-

ribus hereditatis donatæ, debet defendi: Hæc æquitas locum in venditione non habet.

Verum quæritur, cur adversus donatarium in nostra *l. hereditatem* datur actio præscriptis verbis, quæ actio non nascitur, nisi ex contractu, *d. l. 1. ff. de æstimatoria*; & tamen donatio simplex contractus non est? Respondet Giph. ibi *num.* 4. in ea lege conventum esse, ut donatarius faceret creditoribus satis; & hujus conventionis ratione donatio contractus est, *l. Aristo*, *ff. hoc tit.* Verum Giph. divinat, cum nusquam conventionis ullius mentio in ea lege compareat. Dicendum itaque est, legem ipsam ex bono & æquo, ne donatarius gravaretur ex sua munificentia, fingere de hac re esse inter ipsos conventum; licet re vera non convenerit, sed simpliciter donatum sit. Est itaque non tam contractus, quam quasi contractus: & ex hoc descendit actio præscriptis verbis.

Sed hæc Fabri conciliatio omnino nulla est. Quamvis enim verum sit æs alienum universum patrimonium minuere; tamen misere Faber decipitur, cum putat donato per stipulationem patrimonio, universitatem in donatarium transcribi; etenim vel hæc translatio fit statim interposita stipulatione, & falsum est, quia verborum contractu nulla pars patrimonii in stipulatorem transfertur, cum huic tantum unica personalis actio acquiratur. Vel fit translatio, cum mox rerum promissarum traditio fit, & falsum etiam est, ipso Fabro teste, dum notat traditionem esse rerum singularum. Deinde si facta per stipulationem donatione universitas cum ipso ære alieno transferretur, utique jam ea donatio modus acquirendi universalis esset, quod est absurdum; cum plane constet, æs alienum non nisi ad universalem successorem pertinere, ut patet in hereditate, bonorum addictione, & id genus reliquis universalibus modis: at vero Paulus in *d. l. mulier* negat maritum loco heredis habendum esse. Tandem ratio Juliani in *d.* §. *Lucius*, non pendet nisi ex hoc, quod patronus animum fraudandi habuit: quare in specie exigit, ut sciverit, se creditores habere, & eo non obstante universas res tradiderit.

Pro solutione itaque dicimus, non de eadem specie quæri ab utroque Jurisconsulto in *dd. ll.* Etenim in *d.* §. *Lucius* ea quæstio tractatur a Juliano, num qui creditores habere se scit, & ad unam omnes res tradendo alienat, intelligatur fraudandorum creditorum consilium habuisse? Ratio dubitandi erat, quia fraus in dubio non præsumitur, *l. quoties* §. *qui dolo ff. de probationib.* Respondet tamen Julianus hic ex conjecturis satis ipsam fraudem colligi, nimirum tum ex alienatione omnium rerum, tum ex scientia, quod creditores habeat. Constat autem fraudem recte ex conjecturis desumi, ut late Bartolus, & reliqui in *l. post contractum ff. hoc tit.* Fraus consilii, & fraus re ipsa in mente est dolus, in re est damnum, *l. 7.* §. *sed si fraus ff. de pactis*. Utraque ad edictum Fraudatorium exigitur, *l. ait Prætor* §. *ita demum ff. quæ in fraudem creditorum*. Hinc fit, ut ipse patronus alienans jam duplici actione teneatur suis creditoribus, primo actione personali orta ex contractu, altera actione in factum, orta ex edicto fraudatorio. Cum sit donatio, non requiritur, nisi fraus donantis, *l. quod autem* §. *simili modo dicimus ff. quæ in fraud. cred.* Ut scilicet sibi a libertis æs alienum restituere faciat: ipse inquam patronus, vel heres ipsius, eo mortuo, ut in *d.* §. *Lucius*, juncta *l. hac in factum ff. quæ in fraudem creditorum*: immo etiam ipsi liberti conveniri potuerunt, ut restituerent, ut in *eod. tit. l. 1.* At vero quærebatur a Paulo, utrum mulier, quæ in quantum ad rem gestam, omne suum patrimonium viro in dotem tradiderat: sed in quantum ad verba dixerat: se omnia sua bona dare. Quod non est in specie Juliani, penes quem solum rerum omnium traditio libertis facta intervenerat. Quare hic quæsitum est de fraude; cum etiam æs alienum traditum sit: quæ quæstio apud Paulum cessat ex eo, quod uxor dixerat bona in dotem concedere; & certum est appellatione bonorum non comprehendi æs alienum, *l. 2.* §. *illud ff. de coll. bonor. l. non possunt ff. de jure fisci*: quare si æs alienum non concessit, quæri creditores de fraude non possunt. Verum quia mulier res universas, non deducto ære a-

lieno, tradiderat viro suo, quæsitum est, qua via succurri creditoribus debeat; num scilicet agi adversus virum, tanquam loco heredis, posset; & id negat Paulus, qui ait posse solum agere contra mulierem, ut æs alienum, quod in dotem non dedisse intelligitur, a viro repetat, sibique faciat satis. Quod si objicies: Julianus etiamsi prius dicat patronum omnes res suas libertis dedisse; tamen mox subdit universa bona. Respondetur ibi bonorum nomen accipi non naturaliter sed civiliter, prout etiam æs alienum contineret, ut in *l. bonorum ff. de verb. signif. & toto tit. de bonor. possessionib.*

Hinc potest resolvi & alia quæstio: Donatarius omnium bonorum utrum teneatur facere satis creditoribus donatoris: in qua illud certum est, quod si res donatæ pro ære alieno hypothecatæ sint, posse creditores agere, & experiri in res ipsas utili pigneratitia actione Serviana, *l. æris alieni C. hoc tit.* quæ cum sit actio in rem, præstatur contra quemcumque possessorem, quæ non solum datur contra colonum, & inquilinum, sed pro re quacunque pignori subjecta; proinde legatarius experitur utili Serviana, *l.* 1. §. *rectius C. comm. de legat.* DD. in *l. cum filius* §. *variis ff. de legat.* 2. a quo nudam possessionem rerum pigneratarum avocat, cum hujus pignoris dominium adhuc esse dicatur penes debitorem, *l. si cum venditor in princip. ff. de eviction. l.* 1. §. *cum prædium ff. de pignorib.* Si autem fuerint creditores personales, tunc si ea lege donatum est, ut donatarius creditoribus donantis solvat, & eo casu creditores adhuc adversus donantem debitorem agent, ita tamen, ut donatarius ipsis satisfacere cogatur, ut in *l. cum res C. hoc tit.* Tandem si nihil inter donantem & donatarium conventum sit, tunc est controversia contra quem creditores personales seu chirographarii actionem dirigere queant.

Et Gloss. duas responsiones proponit in *d. l. æris alieni*. Una est contra donatarium agi non posse, quod cum eo creditores non contraxerint, sed adversus donantem vel heredem ipsius dari actionem, quasi aliud in donationem non venerit, nisi quod superest deducto ære alieno; itaut qui mille debet, & tria millia donat, duo millia tantum donasse intelligatur. Itaque creditores agent condictitia contra donatorem, ut ea mille a donatario repetat, ipsisque præstet. Probatur id ex *l. mulier bona ff. de jur. dot.* ubi mulier bona sua omnia in dotem viro dederat; quæsitum est, an maritus quasi heres creditoribus hereditariis suæ uxoris respondere tenetur? & respondet Paulus non teneri; cum non sit quasi heres, sed quidquid possidet titulo singulari dotis habeat. Verum quia non plus est in promissione bonorum, quam quod superest deducto ære alieno; ideo creditores dirigere gressus suos poterunt contra ipsam mulierem, vel heredem ipsius, ut repetat a viro, quod in dotem non dedisse censetur, idque ipsis restituat. Hoc etiam in donatione bonorum omnium locum habere nulli dubium esse potest, si rationes decidendi attendamus. Prima est maritum non posse conveniri, quia quasi heres non est. Secundo ideo in uxorem agi, quod bona, quæ dotis nomine tradidit, intelliguntur deducto ære alieno. Utraque harum rationum cum donatione hac recte convenit, cum donatarius bonorum omnium loco heredis non sit, & bona dicantur donata, non etiam æs alienum, in quo plane donatio non cadit; cum ideo dicatur æs alienum, quod non sit in bonis ejus, qui debet, sed illius cui debetur, *l. cedere diem* §. 1. *ff. de verb. signif.* Altera responsio est, posse creditores contra donantem ad revocationem agere ex edicto, quæ in fraudem creditorum, quasi donatio facta sit in fraudem, utpote quæ ex bonorum omnium alienatione induci solet. Patet id ex *l. omnes debitores* §. *Lucius ff. quæ in fraudem creditorum*, ubi qui scit se creditores habere, & universas res suas libertis tradidit, intelligitur in dubio habuisse consilium fraudandorum creditorum; ideoque patronum, ipsiusque heredes actione ista teneri. Sequuntur id Baldus, Angelus, Cynus, & Salycetus in *d. l. æris alieni*.

Quæ harum responsionum vera sit, non cuivis discernere obvium est, cum videantur omnino pugnare inter se dictæ leges. Antonius Faber *decad.* 48. *err.* 7. *num.* 8. concordat distinguendo inter donationem, quæ

quæ traditione fit, & eam, quæ stipulatione, vel aliter verbis, & conventione interponitur; si enim celebretur traditione, tunc quia traditio non est universalitatis, sed rerum singularum, ideo licet universæ tradantur, nihil tamen est, unde æs alienum deduci possit, quod scilicet non singulas res afficit, sed universalitatem ipsam patrimonii, & consequenter ex universalitate ipsa, non ex rebus singulis deducendum esset, *l. si fideicommissum* §. *tractatum ff. de judic.* Quare eo casu res omnino omnes videntur datæ, nullo inde ære alieno deducto, quare in fraudem creditorum est, quibus consulitur, ut edicto Prætoris agant, cum aliter ipsis prospectum esse non possit; atque ita procedit textus in *d. l. omnes* §. *Lucius*: ubi signanter dictum est, *universas res suas tradidit*, ut intelligamus id non procedere in quacunque donatione, sed in ea solum, quæ traditione fit. Quod si donatio rerum omnium per stipulationem, aliamque conventionem fuerit interposita, universalitas ipsa donata intelligitur, & æs alienum universalitatem afficit, ideo id tantum censetur donatum, quod superest ære alieno deducto. Hinc in creditorum fraudem facta non est. Quid enim dici potest, factum in fraudem creditorum per donationem bonorum omnium, si æs alienum ante omnia deducendum est, & a donatione excipiendum? Quare hoc casu nulla manet actio, nisi contra donatorem ipsum, ut intelligendus est textus in *d. l. mulier bona*.

Probatur hinc quomodo capiendum sit rescriptum D. Pii, quo donatores ne egere cogantur, non in plus tenentur, quam in quantum facere possunt, deducto etiam ære alieno. Id enim non procedit in ea donatione, quæ per traditionem fit; sed in ea, quæ per stipulationem, ut constat ex *l. qui ex donatione ff. hoc tit.* ibi: Qui ex donatione se obligavit; siquidem in donatione, quæ verbis fit, solum nascitur obligatio. In hac excipit donator æs alienum.

Quod autem decisum refert Guidon. Papa *quæst.* 105. nimirum, quod si donator sit non solvendo, vel eo defuncto nullum heredem inveniat, tunc in subsidium recte a creditoribus experiri posse condictitia adversus donatarium bonorum omnium; id omnino stultum est. Nam tunc aliquid in subsidium dari dicitur, cum alia via consuli non potest, quod utique in casu nostro non est, cum semper creditoribus liceat alterutrum, hoc est vel ex edicto fraudatorio revocatoriam proponere ex §. *Lucius*, vel agere adversus donatorem, ipsiusque heredem, actione scriptis verbis ex *d. l. mulier bona*. Quod si heredem non habeat, curator dandus hereditati est, qui conveniatur. Alii dicunt hoc non fieri in subsidium, sed ex benignitate ad evitandum circuitum, ut dicit Gulielmus de Benedictis in *cap. Raynutius*, *verb. cetera*, *num.46. de testam.* & Boerius *dec.* 201. Sed non minus falluntur, cum actiones personales non transeant, nisi adversus universalem successorem, & qui loco heredis sit: quod non est de omnium bonorum donatario. Hæc pro recte percipienda donationis substantia dicta sint satis.

CAP. II.

De Divisione Donationum.

Constans nostrorum opinio est, donationem in duas tantum species partiri, Propriam, & Impropriam. Illam putant etiam in jure nostro nuncupari veram, & absolutam donationem, imo etiam directam, & meram; sicuti e contrario hanc aliam non directam, non veram, neque absolutam, & non meram. Sed Interpretes omnes hac in re maximopere hallucinari credimus, ut in progressu palam fiet. Interim dicimus I. Donationem dividi, ut una sit mera, altera non mera. II. Meram distingui in Propriam, & Impropriam. III. Non Meræ duas etiam partes esse, cum alia sit ob rem, alia ob causam. Et quamvis hoc nimis involutum videatur conabimur tamen distincte & dilucide, ut fieri poterit, explanare atque probare.

I. Itaque dicimus. Omnino ad donationem opus est, ut fiat ex causa liberalitatis. Verum si quis donando non alia causa movetur, quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat, hoc casu donatio di-

 ci-

citur facta ex sola, & mera liberalitate, ut si simpliciter dictum fuerit. Dono tibi mille; cum enim causa donationis expresse dicta non est, alia non esse censetur, quam liberalitas, ut recte animadversum est ab Henrico Bocero in hoc *tract. cap. 13. num. 11.* Sed si quis donet causa expressa, ut si donem Præceptori meo, quod me scientia, & diligentia meliorem reddidit; hæc diserte non mera donatio dicitur a Papiniano in *l. Aquilius ff. hoc tit.* Hoc ideo, quia donatio hæc duplici causa facta dicitur, una expressa, altera tacita. Tacita causa est liberalitas, quæ inde colligitur, quod dixerim me donare. Donatio autem a liberalitate sejungi non potest. Altera causa est expressa, nimirum, quia me reddidit meliorem; quoniam ergo hoc casu non donatur ex sola, & mera liberalitatis causa; ideo hæc donatio dicitur a Papiniano non mera, ut ibidem patet.

II. Mera donatio dividitur in Propriam, & Impropriam, nam ad harum utramque requirit Julianus in *l. 1. ff. hoc tit.* ut propter nullam aliam causam fiant, quam ut liberalitas & munificentia exerceatur: ergo utraque harum mera donatio est, sed ut hæc omnia clare pateant, age proponamus utriusque definitiones.

Donatio propria ex *d. l. 1. in princ.* est rei datio ea mente, ut statim accipientis fiat, & nullo casu ad donantem revertatur, & propter nullam aliam causam fiat, quam ut liberalitas, & munificentia exerceatur. Explanatur definitio.

Dicitur, Ut statim fiat accipientis; hæc enim est prima nota, qua propria donatio secernitur a non propria. Quare si Titio donatum est, ut tunc demum ipsius fiat, cum quid secutum fuerit, hoc est sub conditione actum suspendente, Impropria donatio est, ut in *d. l. 1. §. dat aliquis.*

Dicitur, Et nullo casu restituatur; eaque fuit solemnis Atheniensibus Pueris Cantilena: Recte datorum repetitio nulla est, ut notat Plato in *Phil.* Quare ab ejus discipulo Aristotele 4. *topicor.* Donatio definitur; datio ea mente facta, ut nunquam recipiatur. Hæc tamen definitionis verba, licet Juliani sint, videntur tamen esse expungenda, propterea quod ea ideo Jurisconsultus apposuit, quod suo tempore (vixit enim sub Adriano Imperatore, qui moritur anno Christi 139.) Donatio semel perfecta nunquam ulla de causa revocari poterat: quod tamen postea sublatum est; siquidem Imperator Philippus anno Christi 246. donationem inofficiosam rumpi voluit, *l. 1. C. de inoff. donation.* & biennio post, donationem in libertum collatam revocare patrono permisit actione ingrati, *l. 1. C. de revoc. donat.* quod postea ad alios omnes per sequentes Imperatores extensum est; & tandem anno Christi 335. Constantinus donationem liberto factam ob filios, qui mox patrono nascantur, revocari posse scripsit in *l. si unquam C. cit. tit.* Quare jam hodie Juliani dispositio amplius non vigere videtur; & propterea ea verba delenda sunt, vel saltem restringenda, ut fecit Justinianus, qui in *§. alia autem, hoc titulo* ait: Donationem semel perfectam temere revocari non posse, hoc est revocari quidem, sed non nisi ex causa legibus cognita.

Nihilominus quia Tribonianus Juliani verba intacta nobis reliquit, ideo nos ea retinebimus, sed commoda interpretatione juvabimus. Dico itaque Jurisconsultum, & Imperatorem recte locutos esse; ita tamen ut Justinianus respexerit ad rem, Jurisconsultus ad animum. Quandoquidem donatio eo animo facienda est, ut nullo casu revocetur. Res tamen fert, ut quandoque revocari queat, quod non temere fit. Hinc est quod si quis ea mente dat, ut statim quidem fiat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit id ad se reverti, hæc donatio eo facta animo, ut sub conditione resolvatur, propria donatio non est, *d. l. 1. §. dat aliquis*, ubi animus consideratur, qui est aliquo casu revocandi, isque animus eam reddit impropriam; adeoque si mox ob defectum, vel implementum conditionis, revocari non contingat, non propterea fiet propria, ut est in donatione causa mortis.

Dicitur tandem, Propter nullam aliam causam, nisi ut liberalitas exerceatur; ad hoc ut demonstretur donationem propriam computandam esse inter donationes meras, quæ plane ob solam liberalitatem fiunt, nec aliam causam habent admixtam.

Quæ vero sit definitio donationis impro-

propriæ, non traditur expressim a Juliano in *d. l.* 1. tamen qua ratione definiri possit, satis superque indicat; nam in duobus tantum casibus dicit donationem esse impropriam: primo cum fit sub conditione suspensiva, secundo cum celebratur sub conditione resolutiva; qualem, ait, esse donationem causa mortis factam; nunquam vero dixit impropriam etiam donationem esse, si fiat ob aliam causam præter liberalitatem; ut ibi clarissime patet. Quapropter dicendum est, ad hanc etiam impropriam donationem requiri meram liberalitatem, & per consequens ipsam etiam meram esse. Definitio ergo ita se habebit. Donatio impropria est, rei datio ea mente, vel ut non statim fiat accipientis, vel ut aliquo casu revocetur, facta tamen ob solam causam exercendæ liberalitatis.

Patet itaque falli DD. cum putant donationem meram eandem esse cum propria, quod falsum est; quia ad donationem meram hoc solum requiritur, ut ex mera causa liberalitatis fiat, ut patet ex *d. l. Aquilius*. Cum ad donationem propriam præter liberalitatem, duæ adhuc aliæ conditiones exigantur, ut statim transferat dominium, & nullo casu revocetur, *d. l.* 1. *in princ.*

Patet II. falli, cum credunt donationem propriam solum esse meram donationem, cum jam probatum sit, etiam impropriam fieri ex sola liberalitatis causa, eoque ipsam etiam meram esse, & dici oportere.

Ex modo dictis facile constare potest, quænam sit absoluta donatio; nam a Papiniano in *l. Seja* §. *ult. ff. de mortis causa donat.* ejus donatio, qui dedit sine conditione resolutiva, dicitur absoluta, & contradistinguitur a donatione mortis causa; & a Paulo in *l. Senatus* §. 1. *ff. cit. tit.* Donatio, quæ ita perficitur, ut nullo casu revocetur, appellatur vera & absoluta, eodemque modo sejungitur a donatione causa mortis; quare constat absolutam, sive veram & absolutam donationem, eandem esse, ac propriam.

Constare etiam potest, quæ sit donatio directa, de qua habetur in *l.* 2. *C. hoc tit.* ubi male Accurs. intelligit esse eam donationem, quæ fit inter vivos, quæque propria, & impropria esse potest, imo etiam non mera; & nihilominus in ea *l.* donatio directa non solum disjungitur a mortis causa donatione, sed etiam a donatione conditionali suspensiva, & in diem; quæ duæ etiam inter vivos sunt. Male vero Jacob. Gothofr. ad *l.* 1. *C. hoc tit.* ait esse, ubi in præsens res donata traditur, cum etiam in donatione causa mortis res in præsens tradatur. Nos itaque dicimus, donationem directam non esse diversam a propria, idque factum esse ad imitationem Græcorum; siquidem apud Platonem *Recta donatio* ea est, quæ ita fit, ut nunquam revocetur, quo signo certe Plato propriam donationem indicavit; sicut etiam fecit Aristoteles, qui donationem (de propria intelligens) *donationem irrevocabilem* esse dixit. Probatur id ulterius apertissime ex eadem *l.* 25. ubi donatio directa disjungitur a donatione mortis causa, conditionali suspensiva, & in diem, quæ tres omnes sunt impropriæ donationes: ergo illa prior eadem erit ac propria. Mentio etiam in ea *l.* habetur de donatione velata alterius contractus nomine: sed hæc quænam sit, capite sequenti planum faciemus.

Ceterum ad nostrum institutum revertamus. Itaque Donatio in duobus casibus impropria dicitur, cum fit sub conditione resolutiva, vel sub suspensiva. De singulis nonnihil dicimus.

Donationis sub conditione resolutiva duo exempla præstat Jurisconsultus in *d. l.* 1. §. *dat aliquis*. Primum est donatio mortis causa. In hac enim semper tacite conditio resolutiva intelligitur, utpote quæ tribus casibus revocatur. Primus est si donatorem pœniteat donationis; alter si donator supervixerit periculo, ob quod donavit; & tandem si donatarius antevertat mortem donantis, Donellus *lib.* 14. *comment. jur. cap.* 35. Verum objici Jurisconsulto posset, mancum ipsum esse, cum hæc donatio etiam ex altero capite impropria debeat censeri, quia nimirum non semper statim dominium transfert, puta si dictum fuerit, si quod humanitus in hac navigatione contigerit, dono tibi; tunc quia donatio conditionalis est, dominium non statim transfert, sed tunc demum cum qui donat, navigando obierit, *l. Julianus ff. de mort. causa donat.* Itaque dicendum erit

erit donationem hanc duplici ex capite impropriam esse posse, vel quia conditionalis, vel quia puto sub conditione resolvente, & non tantum ex hoc ultimo, ut factum a Juliano est. Ceterum responderi posset, id ideo fecisse, quod ejus donationis natura, non item accidentia in consideratione habuit. Etenim si donatio ita fiat, ut statim transferat dominium, vel non statim; id cum possit fieri, & non fieri, accidens dicitur: at vero cum sit omni casu revocabilis, hæc ejus natura est. Itaque licet verum sit, si consideremus hujus donationis accidentia, posse impropriam dici ob aliud caput præter illud, quod notandum est a Jurisconsulto, tamen secus est, si attendamus naturam.

II. Exemplum est in donationibus inter sponsos, & contemplatione matrimonii factis, quæ interdum revocantur, & impropriæ sunt, interdum non, & sunt propriæ. Revocantur quidem, si ea mente sunt factæ, ut nuptiis non secutis iterum recipiantur, quod nominatim exprimendum est, ut revocatio detur, *d. l.* 1. *in fine* & *l.* 2. *C. de donationibus ante nuptias*. Non revocantur vero, si simpliciter fuerint factæ, sive non ea mente, ut restituantur nuptiis non sequutis, *l. si filiæ cum duab. seqq. C. cit.* nisi is, vel ea, cui facta est donatio, impedimento fuerit nuptiis: hoc enim casu revocari potest etiam simpliciter facta donatio sponsalitia; cum per donantem non stet, quin nuptiæ adimpleantur, & impedimentum omne ex donatario procedat, *l. cum veterum C. cit.* Giph. in nostra *l. nu. 6.*

Illud posset aliquem in admirationem trahere, cur Julianus mentionem nullam fecerit de donatione in diem, sive ad tempus; puta dono tibi ad quinquennium, quod est tempus certum, vel usque ad mortem tuam, sive quandiu vives, quod est incertum: hæc enim etiam impropria est; quia tempore quinquennii transacto, vel morte sequuta, resolvitur.

Sed sciendum est, olim tempore Juliani donationem ad tempus fieri non potuisse, sicuti neque legata, & fideicommissa temporalia; ut nec contractus, *l. ult. C. de legat.* Ideo scilicet quia tempus non est modus neque obligationis inducendæ; aut tollendæ, *l. obligationum §. placet ff. de oblig. & action.* neque etiam dominii acquirendi, vel tollendi, nisi accedente lege, ut in usucapione; quia dominium, & obligatio sunt juris, & tempus est facti. Itaque cum donabam tibi mille ad biennium, tempus pro non adscripto habebatur, & mille tibi perpetuo jure quæsita erant, ut etiam contingebat in stipulatione, §. *si ita ff. de verbor. obligat.* Et hinc est, quod toto jure antiquo nulla unquam mentio fiat temporalis donationis. Id tamen postea correctum est, *d. l. finali*, nimirum a Diocletiano, & Maximiano in *l.* 2. *C. de donat. quæ sub modo*.

Verum Giphanius ibi *num.* 4. & *seqq.* putat *l.* illam Diocletiani interpolatam esse a Triboniano; quod probat ex eo, quia donatio in ea *l.* proposita, hoc est dono tibi donec vixeris, non proprie, sive expressim, & nominatim refertur ad tempus, sed modus tantum ei adjectus continet tempus, ipsa donatio est pura, sive sine tempore, ut propterea valida fuerit etiam jure antiquo. Probat id exemplo legati, quod ad tempus expressum olim non valuit, *d. l. ult. C. de legatis*, sed cum modo fideicommissi tempus continente valuit. Ut lego tibi prædium tale usque ad annum, non valebat; sed ita, lego ut post annum id restituas Sempronio, vel etiam post mortem tuam, semper valuit, *l. filiusf.* §. 3. *ff. de legat.* 1. Ita ergo donatio illa in lege Diocletiani non valet ex eo, quod jure novo fieri potest ad tempus, sed jure veteri, quod tempus indirecte additum sit; nam multa directo, & expresse fieri non possunt, quæ tamen tacite, & per consequentiam conceduntur, *l. nonnunquam ff. de condit. & demonstrat.*

Sed mirum est Giphanium non intelligere, quid sit donationem fieri ad tempus; quod aliud non est, nisi donationem olim ita concipi non potuisse, ut transacto certo tempore resolveretur, hoc est iterum ad donantem rediret. Id enim est resolvi, & hæc plane resolutio valide non apponebatur, quia tempus non est inter modos dominii tollendi, itaut in hac donatione Diocletianea, dono, donec vixeris, si jus antiquum attendamus, tempus pro non adscripto haberetur, quia donatio-

tionem resolvit, reique donatæ dominium ad donantem iterum revocat. Cum vero donationi modus apponebatur, veluti dono tibi Stichum, ut post quinquennium manumittas, tunc alia ratio omnino erat, & donatio hæc semper valuit, & modus servandus erat, ut patet ex *l. Aristo ff. hoc tit.* quandoquidem pura, & irrevocabilis donatio est; quoniam transacto quinquennio donatio non redit ad eum, qui tradidit, sed modus adjectus, sive onus appositum servandum; hoc est manumitti debetur Stichus; quare donatio propria est, non item impropria. Quæ ut ajebat Julianus, tunc est, cum ea mente fit, ut post tempus aliquod recipiatur, hoc est redeat ad eum, a quo profecta est; Et cum ad hunc non redit, non dicitur revocari, nec propterea impropria. Hæc eadem erant in legatis; nam legatum temporale fieri non poterat, hoc est, ut transacto aliquo tempore resolveretur, & ad heredem rediret, ut do, lego Stichum ad annum unum; sed si sub fideicommisso relictum fuisset, quia tunc legati resolutio non est, sed onus, ideo recte id fieri poterat, ut in *d. l. filiusf. §. 3. ff. de legat.* 1. Hinc ergo donatio in lege Diocletiani proposita, quia sub tempore resolvebatur, jure antiquo in quantum ad tempus adscriptum invalida non erat, quidquid Giphanius dicat, ut propterea opus fuerit novo jure Diocletianeo, quo sustineretur. Atque hactenus de conditione resolvente donationem.

Nunc de conditione suspensiva. Hic nos ægre torquet Julianus in *l. si cum filiusfamilias §. si pecuniam ff. hoc tit.* ubi ita habet: Si pecuniam mihi Titius dederit, absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, cum Sejus factus Consul esset, si furente eo, sive mortuo, Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet. Quod omnino contrarium videtur juri, & rationi.

Contrarium est juri in *l. si ego Sejæ §. si res ff. de jure dotis*; ubi si res alicui tradidero, ut tunc demum dotis fiant, cum nuptiæ secutæ fuerint; & ego ante nuptias decessero, ait Ulpianus ex juris rigore, etiamsi mox nuptiæ sequantur, & conditio eveniat, res non ideo fieri ejus, cui dedi; tamen in specie proposita favore dotium contrarium servandum esse, quo casu heres invitus cogitur donationi consentire, vel si hoc omnino facere noluerit, dominium intelligi ipso jure translatum, ne mulier indotata remaneat: ergo in reliquis omnibus donationibus per traditionem factis, illud observandum est, ut conditio eveniens post donatoris mortem nil prosit donatario, qui non propterea sibi acquiret res sub ea conditione ipsi traditas.

Contrarium est rationi; nam cum donatio *d. §. si pecuniam* fuerit conditionalis, hoc est non transferat dominium, nisi Sejo jam Consule, *l. qui absenti §. 1. ff. de acquir. possess.* & Sejus post mortem donatoris Consul factus est; inde fit, ut dominium rei, tunc solum possit a donatario adipisci, quod interim mansit penes donatoris heredem. Sed tunc hoc fieri non potest: vel enim dominium transferendum esset a donatore in donatarium, & hoc fieri nequit, quia jam ille qui dedit, dum conditio purificatur, rei dominus non est, quæ heredi quæsita dicitur: vel esset transferendum ab herede in donatorem, & hoc fieri nequit, nisi in id heres ipse consenserit; nam quod nostrum est sine pacto nostro a nobis auferri non potest, *l. id quod nostrum ff. de regul. jur.* Et hac quidem ratione Ulpianus in *d. §. si res* motus est, cum dixit, secutis nuptiis post obitum donatoris, attento juris rigore res donatarii non fieri, sed Ulpiani verba dabimus: *Et vereor ne non possint in dominio ejus effici, cui data sunt, quia post mortem incipiet dominium discedere ab eo, qui dedit, & quia pendet donatio in diem nuptiarum, & cum sequitur conditio nuptiarum jam heredis dominium est, a quo discedere non posse rerum dominium invito eo fatendum est.* Quare videri posset Ulpianum de industria contra Julianum hæc scripsisse.

Varie tentatum est a nostris, quo possent hos Jurisconsultos ad concordiam reducere, sed invita Minerva. Accursius putat in *§. si pecuniam* esse dominium jam translatum in donatarium, tunc cum pecunia tradita fuit, idque ex specialitate solum habere locum in pecunia, *argum. l. singularia ff. de reb. credit.* in aliis vero rebus procedere dispositionem *§. si res*, ubi ipse hæc tradit *v. favorem dotium*.

Sed

Sed nihil hac responsione stultius fieri posse puto, & ut ab ultimis incipiam, cum §. *si res* generatim loquatur de rebus sub conditione donatis, nullo modo fieri potest, ut inde excipiamus casum, quo pecunia traditur, præsertim cum nullam hujus exceptionis rationem assignaverit Accursius; cum vero dicit specialia quædam de pecunia in jure nostro reperiri constituta; neque hoc verum est, nam in *d. l. singularia*, quam ad hanc rem laudat Accurs. solum traditur in pecunia credita, hoc est in mutuo fingi brevem manum; quod vocatur singulare, non quia hoc solum in mutuo, seu pecunia credita locum habet, cum locum etiam inveniat in donatione, venditione, ac omnibus contractibus, ut notum est, sed dicitur singulare, hoc est res animadversione digna; Latinis enim auctoribus sæpe idem est singulare, ac notabile. Tandem falsum est in §. *si pecuniam* dominium jam ab initio donationis, & traditionis esse translatum; tum quia hoc contrarium est pacto convento, nimirum ut pecunia non statim fieret accipientis, sed tunc demum cum Sejus Consul factus esset; tum etiam quia Jurisconsultus aperte dixit, tunc fieri meam, cum Sejus Consulatum adeptus fuerit.

Hinc etiam rejicitur interpretatio Giphanii in *d.* §. *si pecuniam*, *num.* 20. *& seq.* qui etiam putat ibi dominium statim esse translatum; sed ideo hoc, quod donatio facta fuit sub modo, ut credit indicari per particulam illam, cum Sejus. Notum autem est modum non differre dominii translationem, *l. eas causas ff. de condit. & demonstrat.* Notum etiam est modum aliquando appellari conditionem, *l. liberto* §. *Lucius ff. de ann. legat. cum concordantibus*. Rejicitur inquam; licet enim hæc postrema vera sint, falsum tamen est in eo §. de modo agi, cum expresse dicatur dominium non esse statim translatum, sed tunc demum transferri, cum Sejus Consul factus erit, juxta id quod conventum fuerat. Particula enim illa, cum Sejus, non facit modum, ut nimis sane properanter dixit Giphanius, sed indicat tempus incertum, quod conditionem facit, *l. dies incertus ff. de condit. & demonstrat.*

Non minus inepta est solutio Bartoli, qui duos casus distinguit; vel enim donatio fuit simplex, & satis est si conditio post donatoris mortem purificetur, ut ei, qui accepit, dominium acquiratur, ac ita putat locum habere textum in §. *si pecuniam*; vel donatio ob causam est, & quia revocari pœnitentia potest, ita etiam revocabitur morte, ex *d.* §. *si res*.

Quot verba, tot errores; quandoquidem nunquam efficiet Bartolus, ut §. *si res* agat de donatione ob causam, non vero de conditionali; tum quia ita colligitur ex illis verbis: Pendet donatio in diem nuptiarum. Pendentia vero actus a conditione inducitur, non item a causa; nam si donem tibi mille, ut alimenta mihi præbeas, hæc donatio ob causam facta dicitur, & pura est, hoc est statim mihi acquiro ea mille, *d. l. eas causas*; tum etiam quia expressim conditionalis ab Ulpiano ea donatio dicitur ibi: Cum sequitur conditio nuptiarum. Itaque tam hic, quam in §. *si pecuniam*, agitur non de alia donatione, quam de conditionali. Ulterius Ulpiani ratio non nititur in eo, quod per mortem donatoris ea donatio revocari censeatur, quæ est ratio Bartoli; sed in eo, quod tempore purificatæ conditionis dominium amplius non est penes donantem, sed penes heredem, a quo invito auferri non potest. Item quia falsum omnino est donationem aliquam, sive ex causa, sive non, sola pœnitentia revocari posse, ut patet ex *l.* 2. *&* 3. *C. de revocand. donat.* Tandem licet Bartolo id, quod falsissimum est concedere velimus, nimirum posse donationem ob causam pœnitentia revocari exemplo contractus do ut facias, vel do ut des; non ideo concedendum etiam esset, morte etiam revocari, cum constet ante conditionis implementum posse ob causam datum revocari solum ex pœnitentia, quæ potestas non transit ad heredem, quippe qui pœniteri nequit, sed omnino expectare debet, an causa impleatur, nec ne: illo casu res fiet accipientis, isto condicetur causa dati, ut eleganter traditum est a Donello *lib.* 13. *comment. juris cap.* 22.

Sed tentemus jam, si quid boni a nobis in hanc rem adduci possit, quandoquidem aliorum auxilia deficiunt. Sed præmittendum est quæstionem hic agitari de donatio-

tione vera, quæ per solam traditionem fit; si enim proponeretur facta donatio per stipulationem, tunc clari juris esset, nihil interesse utrum conditionis dies cesserit, veneritque vivo eo, qui donare promisit, an vero eo jam mortuo; propterea quod ex donatione per stipulationem interposita solum hoc fit, ut promissor obligetur conditione veniente, vel rem tradere stipulanti, vel si tradidit jam, pati eam fieri ejus, qui sub conditione accepit: quod si donator eo tempore mortuus sit, nihil refert; nam constat obligationem defuncti morte non extingui, sed transire in heredem; quare purificata post donatoris mortem conditione, heres implebit id, quod ipse defunctus eo casu perficere teneretur, si in vivis esset. Hinc intelligi poterit cur Julianus in *d.* §. *si pecuniam* dixerit: Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ideo nimirum quia, si placuisset stipulatione donationem fieri, nulla suberat difficultas; propterea quæstio solum fit, cum donatio rerum est, seu sola traditione celebratur sub conditione suspensiva, quæ tandem mortuo donatore purificatur; tunc quia ex eo actu nulla obligatio donatoris, vel heredis oritur, ut supra disputatum est, ideo quæritur, utrum res tradita donatarii fiat. Julianus affirmat, Ulpianus negat. Nos in præsens Julianum tuebimur, mox de Ulpiano dicemus.

Probatur itaque valere exemplo legati, cui donatio quam proxime accedit, cum ambo sint modi acquirendi civiles particulares introducti ad liberalitatem exercendam, vel cum morimur, vel inter vivos. Legatum itaque si sub conditione relictum fuerit, & conditio post legantis mortem eveniat, certum est legati dominium inde legatario quæri; ergo hoc idem servandum videtur in donatione conditionali. Sed ut hoc recte intelligatur, altius repetam, legatum duplici via acquiri legatario posse; si enim pure factum proponatur, eo casu legati dominium recta via transfertur a testatore in legatarium, quasi nunquam factum heredis, *l. legatum ita ff. de legat.* 2. sed si in diem, vel sub conditione legatum sit, non transit recta a testatore in legatarium, cum pendente die, aut conditione, non possit huic acquiri: sed nec interim in suspenso manet, cum lex non patiatur dominia in suspenso esse; quare heredis interim fiet. Verum statim difficultas hic insurgit; nimirum si heredis factum est, non poterit mox veniente die, vel conditione ab eo discedere, & transire in legatarium, nisi heres in id consenserit, obstante juris regula in *l. id quod nostrum ff. de regul. juris*. Cur ergo hoc non observatur, sed velit nolit heres, cum dies, vel conditio venerit, rei legatæ dominium migrat in legatarium? Huic dubio obviam ivit Antonius Faber 15. *conjectur.* 7. *num.* 14. qui dixit sub conditione, vel in diem relictum fieri quidem interim heredis, non tamen plene tanquam si nullo modo legatum esset, sed jure non pleno, idque ob spem, quam habet legatarius rei adipiscendæ, cum dies vel conditio venerit. Hæc spes, inquam, prohibet ita legatum plene heredis fieri, & proinde nil mirum, si pro tuenda voluntate testatoris legatum hoc tandem aliquando auferetur ab herede, & legatario dabitur. Sed hæc Fabri responsio non procedit. Nam si jus antiquum inspiciamus, certum est legatum sub conditione, ea pendente, pleno jure heredis esse. Quod mirum est ignoratum a Fabro, cum id diserte habeatur in *l. generaliter ff. qui & a quib.* & in *l. non ideo ff. de rei vind.* Hoc jus videtur correctum a Justiniano in *l. fin.* §. *nemo itaque C. communia de legatis*, ubi habet, legata omnia sive pura sive conditionalia non esse heredis, sed aliena; quare eorum alienationem omnem inhibuit. Quod quia universam Jurisprudentiam everteret, placet explicatio Accursii ibi, *v. alienum est*, ubi ait: legatum purum esse alienum re; sub conditione esse alienum spe. Et ita cum jure antiquo facile concordat. Verum illa spes, quam legatarius in ea re habebat, aliquos effectus producebat, ut ne possit interim servus ab herede manumitti, *d. l. generaliter*. Cum vero conditio purificabatur, tunc ex juris censura dominium sine facto abibat ab herede, *d. l. non ideo*, ibi: Quod abire a nobis dominium speratur. Hæc eadem ratio omnino recte aptatur donationi conditionali, de qua quæstio est, hoc est, quia donatario spes subest acquirendi rei dona-

tæ dominium tunc, cum conditio venerit; ideo mortuo interim donatore dicendum est, ejus rei dominium acquiri quidem heredi, sed nihil obstare ut conditione purificata, dominium auferatur heredi, licet ignoranti, vel invito, ut transcribatur in donatarium, quod voluit Julianus.

Patet hinc objectionem Ulpiani levi negotio concidere; cum enim dicit dominium ab herede donantis discedere non posse, nisi heres ipse consenserit. Respondetur ex dictis tunc hoc verum esse, cum alter nimirum donatarius in rem illam nullam spem habet, alias legati in diem, vel sub conditione dominium nunquam posset ab herede in legatarium migrare, nisi illo consentiente, quod falsum est.

Hinc mirari subest, cur ipse idem Faber *conject. lib.* 8 *cap.* 9. *num.* 1. dixerit Ulpiani rationem tam apertam esse & veram, ut convelli nullo modo possit. Cur ita? Si Ulpianus ipse dubius animi est, cum dicat, Vereor ne non. Mirum etiam non animadvertisse contra Ulpianum sensisse Julianum, virum præstantissimum, cujus auctoritas & eruditio magni semper fuit.

Hactenus Juliani sententiam ita tutati sumus, ut simul constet fieri non posse, ut ipse cum Ulpiano consentiat. Illud tamen dicimus, hac in re sententiam Juliani sequendam esse, idque ex observatione moris antiqui circa contraria Jurisconsultorum responsa: quare sciamus oportet, responsa prudentum in duas partes dividi, in sententias, & opiniones, §. *responsa prudentum, de jure naturali;* sententiæ ex Theophilo dicebantur, cum Jurisconsulti certam, & indubiam responsionem dabant, velut, non licet in Codicillis heredem scribere. Opiniones vero erant, dubiæ responsiones, quæ fiebant per verbum puto, & similiter. Et certum quidem est, opiniones Jurisconsultorum magnam auctoritatem olim habuisse, & nunc vim legis habere, ut cum Justiniano quidem Theophilus putat. Id tamen tunc verum esse puto, cum Jurisconsultorum opinioni, nihil erat, vel est, quod adversaretur, sed cum unus Jurisconsultus opinionem proposuisset; quod si alter sententiam circa rem eandem proposuisset, & sibi invicem oppugnarent, credendum omnino est in his casibus olim servatam fuisse, & nunc servandam esse sententiam relicta opinione; ita plane faciendum est hic. Ulpian. enim opinionem proposuit, non sententiam, cum dicat: *Et vereor ne non possint, &c.* ubi verbum *vereor* dubiam responsionem facit; Julianus vero sententiam, non opinionem, cum ad quæstionem respondet. & sine hæsitatione ulla dicit, *Mea fiat*. Qua re sententia Juliani servanda est, rejecta opinione Ulpiani. Hæc est nostra circa hanc rem sententiam, ubi licet ad concordiam Jurisconsultos non reduximus, id enim hic fieri nequit, invenimus tamen viam, qua antinomia tolli possit, & discerni possit quid servari oporteat; itaut jam dicendum sit Ulpiani opinionem referri dumtaxat in *ff.* non etiam probari; at vero sententiam Juliani referri, & probari, ut necessaria ratione ostensum est. Neque hoc in jure nostro est novum; quod quidem jam notatum est a Cujacio *lib.* 1. *observat. cap.* 16. referri quidem ab Ulpiano in *l. unica* §. *item Juliano ff. de remissionibus* sententiam Juliani; nimirum fructuario vindicandarum servitutum jus esse, non etiam probari, sicuti eandem referri in peculiari lege, quæ est in *l.* 2. *ff. de operis novi nunciatione;* nec reprobari a Justiniano, & ab aliis Jurisconsultis, *l* 1. *ff. si ususfr. petatur*. Scio hanc conciliandi rationem displicuisse Hermanno Vultejo *discept.* 18. *in princip.* quod Justinianus omnibus, quæ in *ff.* relata sunt, vim legis tribuerit; sed meminisse oportet, hoc intelligendum esse de rebus, quæ in illis libris referuntur, & probantur, non item de iis, quæ licet referantur, non tamen probantur, sed rejiciuntur, vel expressim, vel tacite ex aliqua necessaria ratione: quare recte Vultejus reprehensus est a Caspare Schiferdegero *lib.* 1. *tract.* 11. *qu.* 8. qui putat in *ff.* multa rescribi historice, & non probari, quod etiam tradunt, & exemplis demonstrant Antonius Faber *lib.* 2. *conjectur. cap.* 8. *num.* 10. Donellus ad *tit. C. de præscriptis verbis cap.* 19. *num.* 107. eumque secutus Scipio Gentilis *de donat. inter vir. lib.* 3. *cap.* 38. *chart.* 108. Cujacius idem *lib.* 15. *observ. cap.* 20. Atque hæc de donationibus meris, sive propriis, & impropriis dicta sint satis.

Nunc tertio notandum est de donationibus

bus non meris. Harum duas species fecimus: vel enim donamus ob rem, vel ob causam, quandoquidem hæc duo longe inter se distant. Datio ob causam est, quæ rem præteritam respicit, ideo dicta quod per adverbia causalia concipiatur, puta, quoniam negotia mea gessisti, quod pauper factus est, quia uxorem duxisti. Datio ob rem est, cum quod futurum respicimus, & ut plurimum per particulam, Ut, concipitur, veluti ut alimenta præstes. Hæc distinctio traditur in *l. damus, & in l. summa §. id quoque, cum duobus sequentibus ff. de condict. indebiti*, & in *l. 1. ff. de condictione ob turpem causam*.

Sed hic primo notandum est, dationem ob rem aliquando etiam dici dationem ob causam, ita causæ nomen, utrumque tempus præteritum, futurumque respiciat, *tit. ff. de condictione causa data, tit. Cod. de condictione ob causam datorum*; & hoc ideo, quia potest, soletque hæc datio ob rem concipi etiam per adverbia causalia, puta dono illud, quia Romam pro me iveris. Et ita generatim accipiendum est causæ nomen in *l. inter donum ff. de verb. signif.* ubi habetur: Munus esse donum cum causa, ut puta natalium, nuptiarum; sive enim donemus ut nuptiæ sequantur, sive quia jam secutæ sunt, semper hæc donatio munus dicetur. Id tamen reprehendit Laurentius Valla *lib. 6. elegantiar. cap. 39.* dum ait: Nullum sibi videri donum sine causa esse, eoque falso distingui inter munus, & donum: sed non animadvertit Valla diversam rationem esse, cum quod exprimitur, ac cum subticetur; licet enim verum sit nullum donum sine causa fieri, maxime si liberalitatem attendamus, tamen si causa non exprimatur, dicetur simpliciter donum, sin autem exprimatur, nunc muneris nomen habebit, seu donationis remuneratoriæ, ut porro disputabimus.

Notandum secundo, quod in testamentis obtinuit, ut hæc ob rem datio diceretur modus, & quæ relicta sunt, ut quid fiat, diceretur relinqui sub modo, *l. demonstratio §. ult. ff. de condit. & demonstrat.* Verum postea etiam ad causas, quæ extra testamentum sunt, traductum est, ut quæ ob rem dantur, dicantur concedi sub modo, ut declarat titulus C. *de donat. quæ sub modo &c.* notat Donell. *lib. 14. comm. cap. 20.*

Notandum tertio, quod hæc ob rem datio, sive modus, dicitur aliquando simpliciter conditio, *l. liberto §. Lucius ff. de ann. legat. l. Mæviam ff. de manumissis testamento, l. Titio centum §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* ut cum dicitur conditio servata pro impleta re, ob quam datum est, *l. 3. C. de condict. ob causam*, & hoc dicitur concise, cum plena oratio est conditio repetendi, ut in *l. si repetendi C. eodem*; vel conditio sub qua repetimus, ut vidimus locutum esse Julianum in *l. 1. §. dat aliquis ff. de donat.*

Hinc intelligitur Julianus idem in *l. 2. §. fin.* cum Ulpiano in *l. 3. ff. cit. tit.* ubi traditur, si dictum fuerit, dono centum, ut Stichum tibi emeres, dubitari posse, sit ne conditio, an causa, & subditur conditionem esse, si in hoc dedi, ut Stichum emeres, aliter non daturus; causam vero esse, si alias donaturus tibi centum, quia interim tu Stichum emere proposueras: ego dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeres, adeout discernere, utrum sit conditio an causa, id pendeat totum ex animo donatoris; neque id in jure, sed in facto consistere, hoc est non ex jure definiri, sed ex conjecturis erui. Intelligitur inquam, si notabimus cum Scipione Gentile *de donat. inter virum lib. 4. cap. 9.* conditionem hic esse causam, quam vulgo finalem vocant. Causam vero simpliciter dici eam, quam causam impulsivam Interpretes dicunt.

Intelligitur etiam Pomponius in *l. sub conditione, in fine ff. de solutionibus*, in qua scriptum est, rem sub conditione alicui datam, factam esse accipientis, etiam antequam conditio extitisset: quod falsum videtur, cum constantissime traditum sit non fieri rem accipientis priusquam conditio existat, *l. qui absenti §. 1. ff. de acquir. possessione*. Nihilominus difficultas concidit, si verba illa, Ea conditione, ut &c. accipiamus pro modo, sed verba Pomponii demus: Si quis sub conditione pecuniam promisit, dedit eam ea conditione, ut si conditio extitisset, in solutum cederet, existente conditione liberari eum, nec obstare ei, quod ante ejus pecunia facta sit. In cujus legis explanatione mire se torquet Ac-

Accurs. qui tamen veram interpretationem videtur odoratus, licet in ea mox non consistat; species ergo illius legis ita se habet. Ego tibi stipulanti certam pecuniæ summam sub conditione promisi, puta si navis venerit; postea eandem summam tibi pure do, ut statim pro tua eam habeas, sed dando adjicio hunc modum (quem conditionem Pomponius vocat) ut ea pecunia, quam tibi absolute, & pure dedi, & donavi, cedat aliquando tibi loco solutionis, si forte acciderit, ut illa conditio, sub qua tibi ex stipulatu debebam, existat, itaut si navis non venerit, habebis tibi eam pecuniam, uti donatam; sin autem venerit, habebis loco solutionis, in implementum stipulationis, ut cit. Gentilis explicat.

Sed quæritur I. Utrum hæ donationes ob rem, & ob causam veræ donationes sint, an non? Et res quidem satis dubia est, itaut eam expedire difficile visum fuerit non solum nostris, a quibus nihil hic bene præstitutum est, sed adhuc antiquis Jurisconsultis. Conabimur nos, quam fieri poterit, facillime nodum solvere, & leges, quæ contrariæ videbantur, reducere ad concordiam; sed duos casus principales ob distinctionem considerare oportet. Prior si fiat traditio; alter si celebretur stipulatio.

In traditione ob causam videndum est, si datio facta fuerit ob beneficium jam collatum. Hac in re Paulus animi incertus fuit, utrum eam appellaret donationem, an potius mercedem, nam in *lib. 5. sentent. tit. 11. §. ult.* ita habet: Si quis aliquem a latrunculis, vel hostibus captum eripuit, & aliquid pro eo ab ipso accipiat, hæc donatio irrevocabilis est, si tamen donatio non merces eximii laboris appellanda est. Ubi primo notandum, sermonem a Paulo haberi de donatione ob causam: secundo factam fuisse per traditionem, ut patet ex illis verbis, ab ipso accipiat: tertio Jurisconsultum in dubio esse, utrum vere donationem appellet, an mercedem. Hæc Pauli sententia refertur in nostris Pandectis, & habetur in *l. si pater §. 1. ff. hoc tit.* ubi manca est, & mutila; quandoquidem Pandectæ Florentinæ ita postrema verba habent: *Hæc donatio irrevocabilis, non merces eximii laboris appellanda est*, ubi articulus *non*, quia non recte cohærere videbatur, ideo in Pandectis vulgatis pessime mutatus est in articulum *num*. Hinc factum est, ut Paulus, qui in suis libris animi dubius fuit, aliorum culpa in Pandectis Florentinis neget esse mercedem, in vulgatis contrarium omnino affirmet; sed certum est legendum esse, non. Ceterum licet creditum sit hanc verborum Pauli deturpationem factam fuisse errore amanuensium; nos tamen Triboniano attribuimus, qui ita fecit, ne Pauli opinio adversaretur Papiniano asserenti indubie esse donationem, sed non meram, *l. Aquilius ff. hoc tit.* nimirum esse donationem, quia non jure cogente, sed prolixe ex causa liberalitatis datur; non meram, quia ob aliam etiam rationem fit, sed ob quandam veluti mercedem rei pro nobis gestæ, ut patet ibi: *Non meram donationem esse; verum officium magistri quadam mercede remuneratum*; quæ Papiniani sententia obtinuit contra opinionem Pauli. Sed illud primo non omittemus, donationem in *d. l. Aquilius* traditione intelligi celebratam; licet enim per epistolam facta videatur, tamen certum est olim per epistolam, sicuti neque per pactum, aut pollicitationem donari non potuisse. Factæ itaque literæ fuerunt solum in rei testificationem, nec donatio celebrata ibi intelligitur, nisi cum res tradita donatario fuit. Non omittemus secundo, a Papiniano non dici, mercedem solutam, sed uti eum particulis, quæ improprietatem denotant, cum dicat: quadam mercede remuneratum. Nam donatio, & merces sibi invicem contrariæ sunt, nec simul in eodem actu reperiri possunt, ut patet tum ex Paulo in *d. l. si pater §. 1.* tum ex aliis Jurisconsultis, quos mox laudabimus.

Sed si datio fiat, non ob beneficium acceptum, sed ob aliquam aliam causam, veluti quia servum tuum manumisisti, quia nuptias contraxisti, eo casu dubium esse non potest, dici debere donationem, licet non meram; adest quippe liberalitas, & præter hanc alia etiam causa, & probatur ex *l. inter donum ff. de verb. signif.* ubi munus dicitur esse donum cum causa, ut puta natalium, nuptiarum.

In datione ob rem itidem distinguendum est; si enim fiat ob beneficium recipiendum, donatio non est, sed merces, *l. hoc jure*

jure §. 1. *ff. hoc tit.* Ubi Ulpianus notat, Labeonem dixisse extra causam donationis esse, cum datur, si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera, vel gratia mea usus fueris; propterea quod sunt officiorum mercedes: & notandum hic agi de traditionibus; nam de stipulationibus habetur in §. *ult. ejusd. l.* Id ipsum habetur ex *l. metum* §. *sed licet ff. de eo quod metus causa*, ubi si aliquid a te accepero, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi liberarem, ait Jurisconsultus, quod operæ meæ mercedem accepisse videor, & propterea donationem non esse. Sed dubitari potest, cur datio ob beneficium acceptum sit donatio non mera; datio vero ob beneficium accipiendum omnino negatur donationem esse? Verum respondeo liberalem esse qui dat, quia accepit, non item qui dat, ut accipiat; imo si dolo dederit, dicetur Captator, ut constat ex Martial. *lib. 4. epigram. 56.* quod adscribam:

Munera quod senibus, viduisque ingentia mittis,
Vis te munificum Gargiliane vocem?
Sordidius nihil est, nihil est te spurcius uno,
Qui potes insidias dona vocare tuas.
Sic avidis fallax indulget piscibus hamus:
Callida sic stultas decipit esca feras.
Quid sit largiri, quid sit donare docebo,
Si nescis, dona, Gargiliane, mihi.

Verum tamen est, Impp. sæpius inter donationes computasse eas donationes, quæ ob beneficium recipiendum fiunt, ut si tibi donem ut alimenta mihi præbeas, *l. ult. C. de rer. permutat. l. 1. C. de donationib. quæ sub modo, l. si donationis C. de contrah. emt.* Sed hoc intelligendum est tunc demum verum esse, vel cum fructus rerum donatarum excedunt summam alimentorum, vel cum alimenta pro tempore præstantur, res vero donatæ perpetuo penes donatarium mansuræ sunt. Sed si fiat ob aliam rem, quam beneficium, tunc quæstio facti est, Utrum scilicet sit donatio, an vero contractus innominatus; habetur hoc in *l. Aristo, in princip. ff. hoc tit.* in qua si servum tibi tradidero ad hoc ut eum post quinquennium manumittas; dicitur inspiciendum esse, quo animo id fiat; si enim quinquennium appositum est, ut servi operibus per id tempus utaris, donatio est; sin minus, donatio non erit, puta si qui tradidit, operas quinquennales sibi retinuit, vel voluit quinquennium illud cedere in pœnam servi, ut Acc. explicat, *verbo, ut aliquid*; vel ut interea temporis ab eo, cui traditur, instruatur aliqua arte, ut ab eo custodiatur, ut notat Giphanius *num.* 5. tunc enim erit articulus do ut facias, ut expresse habetur in *l. si pecuniam* §. *si servum ff. de condict. causa data.*

Nunc de stipulationibus, in quibus eadem via, & ratione procedendum est, ac modo factum est in traditionibus.

Itaque si stipulatio ob rem respiciat officium nobis præstandum, donationis causam non habebit, sed mercedis. Probat id Paulus in *l. quæ liberti* 8. *ff. hoc tit.* ubi ait: Ea quæ liberti libertatis causa præstant, non donant, res enim pro his intercessit, hoc est libertas, ut Accursius explicat. Hæc Pauli verba capere oportet de stipulatione, & jurejurando, quandoquidem servi cum in libertatem asserebantur, vel jurejurando vel stipulatione promittebant patronis operas, donum, munus se præstituros, ut in *tit. ff. de operib. libert.* Itaque cum libertus hæc, quæ promisit, patrono præstat, non donat, sed eximii beneficii mercedem solvit; ubi etiam notandum nihil interesse, utrum in his stipulationibus dicamus, do, an potius dono; quoniam non a verbo donandi, pendet donatio, sed a mente dantis, & accipientis, *l. ex conducto* §. *Papinianus ff. locati, l. donatio C. de donat.* Quare licet libertus promiserit donum, munus, non ideo minus negat Paulus eam promissionem donationibus accensendam esse. Hoc idem probat Pegasus, quem laudat Ulpianus in *l. hoc jure* §. *final. ff. hoc tit.* ubi ait: Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopondero, hac conditione si jurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, & res secuta est. Et plane si quis nomen nostrum ferat, loco beneficii habemus, quate hoc vivis earum est, ut h.c, & morientibus, ut in *l. sed sciendum* §. *si vero ff. ad Trebellian.*

Si

Si tandem res beneficium non sit, quæstio facti est, utrum sit donatio non mera, an potius contractus innominatus, ut ex jam dictis constare potest.

Ceterum si stipulatio ob causam facta sit, videtur dicendum esse donationem, licet non meram, & hoc tam si causa contineat beneficium, quam si aliquid aliud. Plane si cum trado, quia me ab hostibus servasti, vel quia nuptias contraxisti, donatio est, ut vidimus. Cur si stipuler tibi dare ob unam, vel alteram ex his causis, non dicemus stipulationi donationem inesse? Sed his non obstantibus, dicere oportet neutro casu donationem esse, quia ita aperte docuit Ulpianus in *d. l. hoc jure §. final.* ubi generatim ait: Sed & hæ stipulationes, quæ ob causam fiunt, non habent donationem.

Hæ donationes ob rem, vel ob causam ita aliquando fiunt, ut negotium etiam admixtum habeant, quare negotiales dicuntur ab Hothoman. hoc *tit. cap.* 2. & eatenus nascitur obligatio, quatenus est negotium; & quatenus est donatio, non contrahitur obligatio, ut in *l. Aristo, in princ.* Ratio pendet ex iis, quæ supra disputata sunt; hoc est, quoniam negotium, seu contractus parit obligationem, donatio non item. Exemplum esto ex *d. l. Aristo* in donatione ob rem; servum prolixe trado, ut eum post quinquennium manumittas. Hic mixtum est negotium cum donatione. Itaque intra quinquennium nulla mihi est actio, quia quinquennium illud tibi donavi. Eo transacto, mihi nascitur actio, ut scilicet eum de manu mittas, quia jam cessavit donatio, & venit negotium, sive contractus; do ut facias, idest ut manumittas, quæ actio est præscriptis verbis, *l. naturalis ff. de præscript. verb.* Quare patet non semper donationes ob rem, vel ob causam admixtum habere negotium, ut aliqui putant, sed tunc demum cum ex iis aliqua actio, & obligatio nascitur; nam negotium sine obligatione, & actione contrahi non potest. Ignoratum hoc est ab Antonio Fabro, qui *decad.* 45. *err.* 3. *num.* 12. putat donationem inter vivos factam certa lege dandi aliquid, vel faciendi, non tam donationem esse, quam contractus do ut des, do ut facias; cum inde nascatur obligatio, & ex obligatione actio. Sed fallitur; nam primo videndum erat, utrum res esset beneficium, an non. Illo casu est contractus innominatus, isto est donatio; deinde animadvertere opus erat, hanc dationem ob rem mixtam esse ex donatione, & negotio, quatenus donatio, nulla oritur obligatio, vel actio; secus quatenus negotium est, & contractus. Sed ut clarius intelligatur, quando ex donatione actio nascatur, quando non item.

Quæritur II. quibus casibus causa falsa, vel re non secuta, donanti actio reddatur, ad repetendum id, quod donatum est?

Pro eo, quod ad causam spectat, duo casus distinguendi sunt. Prior est si causa vera sit, & res donata repeti nequit, etiam si causa sit turpis, quia nulla inde ad delinquendum invitatio fit, cum delictum jam sit commissum, *l. mercedem C. de condictione ob turpem causam*. Alter est si causa falsa sit, puta donavi Titio, quod uxorem duxit; id tamen falsum est: hoc casu si scivi Titium nuptias non contraxisse, & tamen dedi, nulla repetitio mihi competit; nam cur repetam? Non quidem, quia causa falsa est, cum enim sciverim falsam esse, quoties dedi, non videor ob eam causam dedisse, sed ob aliam, nimirum ob exercendam solam liberalitatem; nam consulto dati donatio est, *l. cujus per errorem ff. de regul. jur.* Sed si errans falso mihi persuasi, nuptias Titium celebrasse, tunc nec etiam donati repetitio est, *l. in summa §. 1. ff. de condictione indebiti*. Ratio est, quia qui ita donat, duplicem habet causam dandi, præsentem unam, præteritam alteram. Præsens non alia est, quam liberalitas donatoris, quæ cum pendeat ex animo donantis, quem ille donando satis declaravit, nunquam falsa dici potest. Præterita vero pendet non ex animo, sed ex facto, quæ ideo potest falsa esse, & vera. Itaque quia ex duplici causa dedi, cum ultima nimirum præterita falsa est, nihil interest, nec ideo possum rem tanquam per errorem solutam repetere; propterea quod altera causa & præsens, hoc est liberalitas, vera est, non erronea; cur ergo dicam solutum per errorem? Et hoc plane innuit Paulus in *d. l. summa §.* 1. Cujus verba sunt: Id quoque ob causam datur, puta quod negotia mea

mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest. Hoc est ideo non repetitur tanquam per errorem, quia donandi causam habet, nimirum liberalitatem. De donatione etiam intelligendus est Pomponius in *l. damus ff. eodem*; nam ut jam dictum semper atque ob causam datur, donatio est, licet non mera: quod ideo notatum volui, quia video communiter in hoc decipi nostros, cum putant, alias etiam dari ob causam dationes voluntarias præter donationem, inter quos est Donellus *lib. 14. num. 10.*

Ceterum hoc ita verum esse puto, si ea causa fuerit impulsiva, non finalis, *l. 3. ff. hoc tit.* quæ facti quæstio est. Itaque si ex conjecturis appareat donatorem, nisi id quod putat vere factum sit, se nolle donatum, tunc causa finalis est, & re non facta donatum repetitur. Multo magis si palam se ideo dare protestatus fuerit, quia rem illam factam putat, aliter non daturus; nam eo casu donator ex sola liberalitate non fuerat donaturus, ut ex hoc ipso apparet; quod demonstraverit se aliam finalem causam habuisse, quam liberalitatem: sed si id non apparet, & in dubio sumus, tunc causa præsumitur impulsiva, non finalis, ad hoc ut actus sustineatur potius quam ut ruat, Gloss. in *l. 2. §. ult. ff. hoc tit.*

Nunc dicamus de re, quæ etiam causa scilicet futura dici solet, si hæc sit possibilis, & deficiat culpa accipientis, qui cum posset, non fecit, nulla dubitatio est, quin possit donatum repeti, ubi de se queri debet donatarius, qui legi dictæ non paruit, *l. dictæ C. de condict. ob causam*, sed si fuerit possibilis, & defecerit casu fortuito, distinguendum est ex *l. 2. §. Titio, cum l. seq.* Utrum sit causa impulsiva, & cessat repetitio, quia tunc remanet altera causa, nimirum, liberalitas; an vero sit causa finalis, & tunc repetitioni locus est; hoc idem habetur in *cap. verum, de condit. apposit.* Ubi donatum Ecclesiæ sub conditione, ut quid fiat, causa cessante non revocatur donatio, nisi causa finalis sit, ut propterea omnino castiganda sit audacia Jacobi Mæstertii, qui *lib. 2. de institutia legum Romanarum cap. 12.* Pontificem reprehendit, tum quia juri civili, tum quia Justiniano contrarium, siquidem ut jam constat, & juri, & justitiæ conformis est summus Sacerdos.

Hæc locum habeant in donatione: sed utrum idem sit in contractibus innominatis dubitari potest, & videtur quadamtenus locum habere. Nam in *l. pecuniam, l. advocationis C. de condict. ob causam*, distinguitur in dationibus innominatis, ut si causa in datione apposita cesset culpa accipientis, etiam repetitio cesset; sed si cesset casu fortuito, tunc generatim dicitur rem minime repeti posse.

Sed vereor ne postremum hoc de casu fortuito omnino falsum sit, & contrarium tum juri, tum rationi: Juri, quia si dedi nautæ pecuniam, ut me, aut merces veheret, & navis casu amissa sit, vecturam repetere possum, *l. ex conducto §. item non ff. locati*. Item si dedi pecuniam, ut Stichum mihi dares, Sticho mortuo repetere non prohibeor, *l. ult. ff. de condictione causa data*; atque ita licet causa in contractibus innominatis fortuito deficiat, tamen repetitio dati est.

Rationi, quia cum tibi do, ut Stichum manumittas, & Stichus moritur, hoc est per vim majorem, causa non impletur, jam datio sine causa est, eoque repetitioni locus fiet, cum iniquissimum sit, te rem meam sine causa habere, *tot. tit. ff. de condict. sine causa*. Cum vero Faber *decad. 45. error. 9. num. 4.* distinguit, ut dicta *l. ult.* locum habeat in causa impulsiva, non in finali, omnino fallitur. Cum enim omnis actus suam finalem causam habeat; peto quænam erit causa finalis illius contractus innominati, si ea quæ exprimitur, est impulsiva? nullam certe assignare poterit; & sane in contractibus innominatis, quia unica semper est causa dandi, nimirum ea, quæ expressa est (nisi forte duæ exprimantur, veluti si quis dixerit, do, ut Stichum emas, ut iter facias) non potest distingui inter finalem causam & impulsivam, sed semper ea causa, quæ apponitur, finalis erit; secus est in donatione ob rem, quæ duplici causa fit, liberalitatis, quæ est tacita, & negotialis, quæ est expressa. Et proinde sine dubio fieri potest, ut negotialis aliquando sit causa impulsiva, aliquando vero finalis; idem est in legatis.

Ita-

Itaque ne in absurda hæc incidamus, dicendum puto dictam *legem penult.* cum *sequenti* intelligendas esse de donationibus factis ob rem, non de contractibus innominatis. Itaut cum dicit, pecuniam datam ob rem repeti posse, si causa apposita culpa accipientis non impleatur, concordet cum *l. dicta ff. eodem*. Cum vero ait; quod si causa fortuito deficiat, non detur locus repetitioni, hæc universalis assertio distinguenda sit juxta *l. 2. §. Titio cum l. seq. ff. hoc tit.* ut verum sit de causa finali, non item de impulsiva. Hæc interpretatio optime firmatur ex verbis ipsius *l. ultim.* cum dicitur, causa fortuito deficiente certum esse rem minime condici posse; si enim hoc accipiamus de contractibus innominatis; unde quæso hæc certitudo haberi potest? non ex legibus, quæ in contrarium sunt; non ex ratione, quæ omnino repugnat. At si intelligatur de donatione, in hac vere omnia certa sunt, nimirum tam ratio, quam jus, ut jam demonstratum est. Et ita plane omnis difficultas evanescet, nec opus erit, tantopere circa dictam *l. penult.* se torquere, ut se torquet, & quidem infeliciter, Hugo Donellus *lib. 14. comm. cap. 21.*

Hæc de donatione ob rem, quæ honestam causam habent. Sed quid si inhonesta fuerit? puto distinguendum eo modo, quo in contractibus innominatis distingui solet; cum nulla disparitatis ratio subsit; sint itaque tres regulæ. Prima est, si dantis turpitudo versetur, non item accipientis, nunquam est repetitio, cum nulli suum delictum patrocinari debeat. Ita si meretrici ob stuprum donem, donatio valet, nec repetitio conceditur, *l. affectionis ff. hoc tit.* Etenim qui dat, turpiter facit, at qui accipit, non ita; quoniam meretrix turpiter facit, quod sit meretrix, non turpiter accipit cum sit meretrix, ut dicitur in *l. 4. §. sed quod meretrici ff. de condict. ob turpem causam*. Secunda est si dantis simul; & accipientis turpitudo versetur, nec etiam repetitio datur, ut puta donavi, ut homicidium fieret, *l. 3. ff. cit. tit.* Tertia est si accipientis solius turpis causa fuerit, repeti potest, ut donavi tibi, ne quid eriperes, ne alterum neci traderes, *l. 1. in fine ff. cit. tit.*

Ex his quæ hactenus disputata sunt, inveniri ratio potest, unde factum sit, ut in donatione ob rem, non sit locus pœnitentiæ, *l. Aristo ff. hoc tit. l. si te C. de donat. inter virum*, & passim *C. de revoc. donat.* Quod tamen secus est in contractibus innominatis, in quibus causa nondum secuta, licet credatur, vel speretur, posse sequi, tamen placuit licere pœnitere ei, qui dedit, & ex pœnitentia datum revocare, *l. 3. in princip. l. 5. in principio ff. de condict. causa data*. Ratio nimirum est, quia in contractibus innominatis una solum est causa dandi, quæ cum non impleta est, licet nec dum defecta sit, tamen quia non minus verum est causam secutam non esse, ideo repeti potest condictione causa data, causa non secuta. Non ita se res habet in donationibus ob rem, in quibus dandi causa duplex est, præsens, nimirum liberalitas, & futura idest res: quare licet futura pendeat, non adhuc tamen donatum condici ex pœnitentia potest, quia subest alia causa præsens, & jam impleta, idest liberalitas donatoris, quæ nullum pœnitentiæ locum relinquit. Ita ferme Antonius Faber *decad. 45. err. 9. nu. 2.*

Quæritur tertio, quænam actiones ex donationibus non meris præstituantur?

Si donatio est ob causam, tunc prænotandum est, quod si causa vera sit, statim donatio tenet, quamvis tenere is, qui dedit, & qui accipit, ignoret; si e diverso falsa sit, donatio statim non tenet. Idque dicimus ita esse exemplo conditionis, quæ in præteritum confertur, de qua in *l. cum ad præsens ff. de reb. credit.* nam in hoc nihil videntur differre causa, & conditio in præteritum relata: cum ergo causa falsa est, quia donatio nunquam valuit, nec unquam translatum est dominium in accipientem, sed semper hæsit penes dantem; ideo res donata per reivindicationem repetemus.

Sed si donatio ob rem facta sit, tunc ad eam rem implendam cogi potest donatarius a donatore, sive per actionem ex stipulatu, si modo stipulatio fuerit interposita; sive per actionem præscriptis verbis, si nulla stipulatio intercesserit, *l. legem quam, l. cum res C. hoc tit.* Cur autem detur actio præscriptis verbis, ratio est perspicua; quoniam huic donationi admixtum negotium est

est, nimirum etiam contractus innominatus, do ut des, vel do ut facias, pro quorum implemento actio præscriptis verbis præstatur, *l. naturalis ff. de præscript. verbis*. Verum si donatarius nolit, vel nequeat rem implere, tunc quia res non secuta est, præstatur donatori eo nomine condictio ob causam ad rem donatam repetendam, *l. senatus §. 1. ff. de donat. caus. mort. l. quoties C. de revocand. donat.* Quod argumento est, in donatione ob causam statim dominium transcribi in donatarium, quoniam non est condictio, nisi ei, qui dominus esse desiit; & rem suam nemo condicere potest, præterquam a fure, & malæ fidei possessore, *§. sic itaque, de donationibus*.

Verum habemus præcepta specialia circa donationem, quæ alteri fit, ut nos ipse alat, vel ut menstruum, seu annuum præstet. Sunt in hac re tres C. leges, nonnihil inter se variæ, quæ tamen facile possunt conciliari, itaque in *l. ult. C. de rerum permutatione*, statutum est posse donatorem actione præscriptis verbis cogere eum, qui accepit, ad implendum modum alimentorum. Hoc tamen ita intelligendum est, ut eidem non denegetur actio ad revocandum, ne hoc contrarium sit *l. 1. C. de donat. quæ sub modo*, ubi habetur, posse donatorem revocare rem donatam ob præstationem alimentorum, idque tam actione in personam, seu condictione ob causam, quam actione in rem, seu reivindicatione, quod plane in sola donatione ob causam alimentorum facta speciale est, ut constat ex dicta *l. 1.* Ceterum impossibile videtur has actiones simul unire, nam condictio datur non domino, reivindicatio vero e diverso soli domino conceditur; quare si donator utramque habet, erit dominus simul, & non dominus; quod omnino absurdum est. Sed quamvis ita secundum strictam juris rationem sit, ut cui vindicatio conceditur, ei statim denegetur condictio, & e contrario; tamen in hac donatione ob causam alimentorum aliter benignitate Principum statutum est, ut ibidem dicitur. Ratio est, quod alimenta sine magno vitæ nostræ incommodo nequeunt differri, atque providendum est, ut quam citissime consequamur eas res, quæ nobis alimenta sufficiunt; citius autem ad hoc pervenitur reivindicatione, quam condictione. Ita Connanus *lib. 5. comment. cap. 10. nu. 1.*

Huic tamen legi primo obstat *l. si donationis 3. C. de contrah. emt.* ubi in eadem causa alimentorum donatori non datur actio ad donationem rescindendam, sed tantum ad compellendum donatarium, ut pareat legi, sive conditioni dictæ. Respondet tamen Giphanius dictam *l. 3.* ita esse accipiendam, ut hoc ibi plane actum fuerit, ne unquam donatio rescindatur; cujus conjecturæ ratio ex eo desumitur, quod in dicta *l. 3.* venditio intercessit, quæ etsi ibi non valet, utpote simulata, tamen enixam voluntatem contrahentium indicat, ut scilicet quod gestum est nunquam rescindatur tanquam venditio. Etsi enim & donatio facile non rescinditur, tamen facilius rescinditur, quam venditio; ut igitur in *d. l. 3.* donatio esset firmior, etiam venditio interposita fuit. Ita plane Giphanius ad *d. l. C. de donat. quæ sub modo, num. 13. & seq.* Stet itaque in donatione ob causam alimentorum præstari donatori actionem ad revocandam rem donatam tam condictione, quam vindicatione, quæ tamen vindicatio non est directa, sed utilis; quia utilis in rem facilius datur, etiam non domino, *§. at si is qui pinxit, de rer. divis. l. 5. §. de arbore ff. de reivindicatione*; quod etiam patet *argum. l. 3. §. sed tam postea C. de donat. quæ sub modo*, & *l. qui mortis ff. de mort. caus. donat.* ubi ad rem mortis causa donatam revocandam datur & condictio, & utilis in rem actio.

Sunt qui putant ab his, quæ diximus, excipiendas donationes in Ecclesiam collatas; quæ licet ob rem factæ, volunt re non secuta, non posse agi ad repetitionem, sed solum ad implendum modum, sive rem. Idque etiamsi donatio fiat ob præstationem alimentorum, nisi in ipsa donatione hoc nominatim adjecero hunc in modum: ea lege, ut me alat, quod nisi fecerit, donationem irritam esse volo, ita post alios Didacus Covarr. *lib. 1. variar. resolut. cap. 14.*

Verum contrarium verius puto, nimirum donationem ob rem Ecclesiæ factam, re non secuta, posse tunc revocari, cum apparuerit rem continere causam finalem; cum

cum autem donatur ob alimentorum præstationem, dubitandum non est alimenta esse causam donationis finalem, quod quidem suadet alimentorum necessitas, sine quibus vita deficit; & plane falluntur, cum putant in tali donatione causam finalem esse respectu Ecclesiæ, non respectu rei, seu modi, quod nunquam probare poterunt. Non enim id probatur in *cap. verum, de condit. apposit.* nam ibi solum habetur res Ecclesiæ donatas non revocari ob defectum modi appositi, nisi modus talis sit, qui causam finalem contineat, quandoquidem concordat cum jure civili, ut recte in eo *cap.* Gloss. notat. Non itaque dicit nominatim exprimere opus esse causam alimentorum esse finalem, alias semper præsumi impulsivam. Cum vero dicunt negligentiam Prælati in præstandis alimentis Ecclesiæ non nocere; responsio facilis est, quia ipse Prælatus cum sociis constituit Ecclesiam, quæ præponendo unum omnibus, eligit virum idoneum, qui res ipsius Ecclesiæ administret, ut recte notat Rolandus a Valle *conf.* 15. *num.* 23. *& seq.*

Et hæc videri possent satis de donationum speciebus, earumque proprietatibus, nisi duo adhuc nos morarentur. Primum est de ea donatione ob rem, in qua alteri quid dari, vel fieri placuit. Secundum est de ea donatione ob causam, quæ beneficium respicit, seu de antidoro. De quibus placet seorsim agere; sint ergo

EXERCITATIONES

De Donatione, in qua alteri dari quid, vel fieri conventum est.

Species ita se habet: Titius prædium Sempronio donavit ea lege, ut id post tempus decennii restituat Caiæ. Elapso decennio Sempronius donatarius prædium non restituit. Quæritur quid agendum? Extat hac in re insigne rescriptum Imperatoris Diocletiani in *C. de donat. quæ sub modo*, ubi distinguitur inter jus vetus, & novum, seu Jurisconsultorum, & Principum. Et primum quidem jure veteri, si Caja, cui res jussa est restitui, statim stipulata fuerit id sibi restitui, & post ea donatarius non restituat tempore elapso, aget Caja contra eum actione ex stipulatu; si vero Caja stipulata non esset, agere non poterat, *l. debitor sub pignore §. ea quæ ff. ad Trebell.* sed donatori licitum erat rem donatam condicere causa data, causa non secuta: post hæc subdit Diocletianus jus novum benignitate Principum constitutum, quo expositum jus antiquum corrigitur in ea parte, qua Cajæ non stipulanti denegat actionem. Statuit ergo jus novum Cajæ utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere, ut sibi secundum placiti fidem res donata restituatur. Hinc ergo corrigitur Papin. in *l. Seja, in princ. ff. de mortis causa capionib.* ubi Seja cum Titio convenit, quod si superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona sua ex causa donationis pertinerent. Nec id Titii filii stipulati sunt: verum in judicio bonæ fidei, puta præscriptis verbis, seu in factum, egerunt cum Seja adhuc viva, ut ipsa permitteret, se bona, cum moreretur, ipsis restituturam. Quærebatur, an jure id peterent: respondet Papinianus mulierem invitam non cogi cautionem, seu promissionem præstare, ne donatio extorqueri videatur.

Sed Diocletianus partim mancus videtur, partim falsus; palam utrumque fit ex Scævola, qui ante Diocletianum plus, minusve centum annis floruit; vixit enim non multo post excessum Divi Marci, & Commodi, ut notat Cujacius *lib.* 10. *observationum, cap.* 21. Scævola itaque in *l. qui Romæ §. Flavius ff. de verb. oblig.* agit de servo donato ea lege, ut manumittatur vindicta, quæ lex postea a donatario non impletur. Ecce hic species similis ejus, quæ a Diocletiano proponitur. Nam ita donator ut quid alteri detur, nimirum libertas servo, qui hoc a donatario stipulatus non est. At quid Scævola dicit? Inter reliqua duo habet, quæ ad rem nostram faciunt. Primum est donatorem posse de libertate servi convenire donatarium, hoc est, ut modum impleat; quod ideo notatum volui, ut intelligatur non plene a Diocletiano jus, quod vocat antiquum, esse expositum; solum enim dicit licere donatori rem donatam condicere; omisit vero posse etiam agere ad modum implendum. Secundum est, quod si donatoris heres nolit

lit ad modum implendum agere, nihilominus ex conventione servo libertatem præstari debere, hoc est servum ipsum contra donatarium, heredemve ipsius agere posse, ut sibi libertas præstetur, quippe cum servis causa libertatis est judicium, *l. qui certis, in fine ff. de judic.* Ita ergo jure antiquo is cui in donatione aliquid dari jussum erat, agere poterat; quod negabat Diocletianus, dum hoc jure Principum esse dixit non Jurisconsultorum. Neque hoc solum in donationibus fuit, sed locum etiam habuit in deposito, ut constat ex *l. Publia ff. depositi*, ubi cum quidam res suas deponeret hac lege, ut eæ restituerentur tibi; Paulus ait ex hoc pacto tibi dari actionem depositi; licet enim secundum strictam juris rationem verum sit ex nostro negotio non posse alteri actionem quæri, ut idem Paulus dixit in *l. quæcumque ff. de act. & obligat.* tamen ex naturali æquitate id restrictum ab antiquis Jurisconsultis est in pactis, deposito, & donationi appositis.

Est tamen quædam differentia inter Scævolam, & Diocletianum, quod Scævola dixerit; tunc demum servo actionem præstari, cum donator noluerit agere ad modum implendum; ea ratione, quod cum hæc actio servi ex benignitate descendat, non debet impertiri, nisi in subsidium, cum libertas alia via consequi nequit. Diocletianus vero asserere videtur indistincte posse Cajam contra Donatarium agere; nec attendendum esse, utrum donator velit, an non petere modum impleri; & hoc fortasse est jus novum, quod Principes induxerunt.

Ex dictis facile intelligi potest hanc actionem, quæ præstatur ei, cui quid dari, vel fieri jussum est, esse utilem personalem; nam in specie Scævolæ nulli dubium esse potest, servum actione personali agere adversus donatarium, ut sibi libertatem præstet. Quare in specie Diocletianea etiam Cajæ utilis actio præstabitur, nimirum præscriptis verbis, ut ex sententia Eudoxii Græci scholiastis refert Theodorus *lib. 47. Basilicon tit. 1. l. 72.* & ratio est quia huic, cui jussum est dari, vel fieri, quæritur actio ex negotio gesto inter donatorem, & donatarium: constat autem ex negotio non nisi personalem actionem oriri. Quare fallitur Philippus Decius, ceterique, qui eam actionem utilem in rem esse putarunt, quorum rationes non tanti sunt, ut redargui mereant. Vide tamen sis Covarr. *lib. 1. resolut. cap. 14. a num. 3. ad 7.* & Giphanium ad *d. l. quoties a num. 5. ad 11.*

Sed illud videamus, an donator pœnitentia possit hanc legem ut quid alteri detur, vel fiat, revocare invito, vel ignorante eo, cui dari, vel fieri jussum fuerat? Quam quæstionem Glossograph tractant in *d. l. qui Romæ §. Flavius*. Ubi omnium primus Bartolus, & demum Alciatus, & Duarenus affirmant posse. Idem docent Covarruvias *loc. cit.* a *num. 7.* & Giphanius a *num. 11.* Quæ sententia vera est.

Ita patet ex Paulo in *l. si quis ff. de servis export.* ubi lex dicta venditioni servi remitti potest, ut vendo tibi Stichum ea lege ut postquam tibi decennio servierit, eum manumittas: nam non completo decennio mihi venditori licitum est pœnitere, eamque manumissionis conditionem emtori remittere; quod deinde placuit non solum in servo vendito, sed etiam in donato locum habere, ut dicitur in *l. 1. C. si mancipium ita fuerit alienatum*. Itaque si pactum pro libertate interpositum licet re integra revocare, eo magis id licitum erit in pactis aliis, ut in quo dicitur rem donatam alteri restitui debere. Nihil enim in jure nostro æque favorabile est, ac libertas.

Nec minus id probat ratio; nam per hanc legem donationi dictam re integra, nullum jus quæsitum est ei, cui quid dari, vel fieri jussum est; licet enim ipsi detur actio præscriptis verbis, ut impellat donatarium ad implendum modum; tamen hæc actio non statim nascitur, sed tunc demum cum tempus implendi modi jam advenerit, hoc est in specie proposita transacto decennio: quod constat ex eo, quia cum tibi dono Stichum, ut post decennium mittas de manu, hæc est donatio cum negotio mixta; itaut ante decennium sit donatio, post vero sit negotium; & ex negotio oritur actio, non item ex donatione, *l. Aristo ff. hoc tit.* Itaque cum negotium incipiat transacto decennio, post illud etiam orietur actio ei, cui dare, vel

facere oportet. Hinc est, quod nec ipsi donatori, si velit modum impleri, datur actio, nisi eo tempore finito in *d. l. Aristo*. Cum itaque nullum adhuc jus quæsitum est ei, cui dandum est, vel faciendum, patet esse locum pœnitentiæ; si enim neminem lædo, cur pactum donationi appositum remittere non potero?

Sunt qui nituntur hoc idem probare ex natura contractus innominati, sed non uno modo proponunt. Covarruvias ait, quia donatio hæc ob rem ea parte, qua negotium est, sapit omnino naturam contractus innominati. Hinc fit, ut elapso decennio in donatione apposito, possit donatorem pœnitere, & servum petere, ut ei iterum serviat. Ergo multo magis integrum ipsi erit pactum remittere, ut servus perpetuo sub donatarii dominio fit. Sed hoc argumentum vitio laborat, cum jam supra & ratione, & legibus palam factum sit, in donatione ob rem locum pœnitentiæ non esse; licet enim in multis similis sit contractibus innominatis, non tamen ipsi exæquatur in omnibus. Hoc recte videns Giphanius in eo industriam suam posuit, ut huic argumento medicinam faceret, & alio modo proponeret, sed frustra. Dicit enim, quod quamvis donatorem nequeat ita pœnitere, ut eam donationem revocet, tamen ei permittendum est, ut legem donationi dictam remittere possit. Sed hæc ratio seipsam destruit; si enim donatori nil prodest in quantum ad revocandam donationem, quod eam habeat naturam contractus innominati: cur deinde hoc idem ipsi prodesse debet ad revocandum pactum conventum? Hoc itaque argumentum dimittamus, & satis nobis erit probasse, quod proposuimus jure & ratione jam antea expositis.

Sed duo objiciuntur, quæ diluere opus est. Primo Paulus in *l. 1. ff. qui sine manumiss.* ubi ita habet: Servus venditus est, ut intra certum tempus manumitteretur, etiamsi sine herede decessissent & venditor, & emtor, servo libertas competit, & hoc D. Marcus rescripsit; sed si mutaverit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit. Quare Paulus sibi ipsi contrarius videtur in *d. l. si quis*; sed danda nobis opera est, ut secum concordet.

Multa quidem comminiscuntur nostri, sed quia more suo divinant, non est cur in ipsorum opinamentis referendis, & computandis immoremur. Quod magis receptum est, ita habet, ut in *d. l. 1. ff. qui sine manumiss.* ideo servo competat libertas, etiamsi venditor mutaverit voluntatem, quia emtor sine herede decedit. Quod nobis placet. Verum hoc rejicit Franciscus Caldas *de emphyteusis extinctione, cap. 19. num. 33.* tum quia hæc responsio hariolatur, tum etiam quia inutilis est, cum vix sine herede decedamus. Sed utrumque falsum est. Non enim divinat, cum de hoc expressim Paulus meminerit, qui loquitur de eo casu, quo & emtor, & venditor sine herede decesserint; eo enim casu dicit, etiamsi ante obitum venditor voluntatem mutaverit, quia tamen non solum ipse, sed etiam emtor sine herede decessit, nihilominus servo libertas competit. Non est inutilis; quia verum non est vix nos sine herede decedere, cum e contrario sæpe contingat, ut obærati heredem non inveniant, & hic casus non semel in jure nostro consideratur, adeoque ei, qui ob grave æs alienum timet, ne a quoque sua hereditas repudietur, cautum sit, ut unum ex servis suis heredem scribat, quod ex lege Ælia Sentia facere permissum est. Sed quamvis demus Francisco Caldas vix esse, ut sine herede quis moriatur, tamen hic casus licet vix eveniat, consideratur a Paulo, & mirum est de hoc dubitatum esse, cum id expressim notetur in ea *l. 1.* ibi, sine herede decessissent.

Sed cur emtore sine herede decedente Paulus scripsit, servo competere libertatem non obstante venditoris pœnitentia? Cujacius in recitatione ad *d. l. 1. C. si mancipium ita fuerit alienatum*, ait, ideo hoc factum, quia nullius interest, non emtoris, qui jam mortuus est, non heredis, quia nullum habet. Sed hoc non ita facile admiserim, cum interesse possit creditorum defuncti, qui ideo sine herede obiit, quod hereditas inter creditores repetentes æs debitum dispertienda erat. Horum ergo interest servo libertatem non dari; nam eo libero minus capient. Ob solutionem itaque dubii notandum est, quod sicuti pactum conventum, ut intra certum tem-

tempus servus venditus liber fit, appositum est favore servi, ita per pœnitentiam revocatur a vendente, favore ipsius ementis. Quod patet ex eo, quia si post venditoris pœnitentiam emtor nihilominus servum in libertatem asserat, valide id fit; nam eo casu emtor suo favori renunciat, *l. quæsitum ff. de servis exportandis*. Itaque causa finalis remittendi pactum in servi venditione appositum est favor emtoris, & per consequens ipsius etiam heredis: quo favore cessante venditorem utique non pœnituisset, sed in priori voluntate perdurasset, ut servus libertatem intra tempus præfinitum acquireret. Hinc ergo cum ipse emtor mortuus est, nec ullum post se heredem relinquit, cessat jam favor emtoris, & proinde etiam cessat pœnitentia, quæ ob id facta est, & subingreditur favor servi, cujus gratia in venditione pactum de libertate danda appositum fuit. Merito itaque Paulus ait, quod licet venditor voluntatem mutaverit, cum tamen emtor mortuus est sine herede, servo adhuc libertas competit: qui casus omnino diversus est ab eo, qui ab eodem Paulo propositus est in *d. l. si quis ff. de servis exportandis*, & ab Imperatore Alexandro in *d. l. 1. C. si mancipium ita fuerit alienatum*, ubi emtor, & donatarius servi vivus erat, vel si mortuus, heredem habebat.

Objicitur II. ex Proculo in *l. si cum fundum ff. de pactis*. Sed hic illud contingit, quod sæpe animadvertere est in libris nostrorum Interpretum, qui secum facere putant leges, quæ manifeste contra ipsos sunt. Plane Proculus omnino palam probat, re integra posse ex pœnitentia revocari pactum in extranei favorem appositum. Species ita se habet: tu fundum meum possidebas, cum quo pactum inii, ut eum fundum Titio traderes; verum mox me pacti pœnitet, & a te fundum vindico, eumque mihi, & non Titio tradi volo; quæsitum est, utrum id jure facerem? Respondit Proculus, non aliter me conventionis exceptione excludi debere, quam si aut jam tradidisses, aut si tua causa id inter nos convenisset, & per te non staret, quominus traderes, hoc est regulam esse, me posse pacti conventi pœnitere, & fundum vindicare duobus casibus exceptis. Prior est si res integra non esset, ut si fundus jam Titio juxta placiti fidem traditus a te fuerit. Secundus si tua causa ita conventum sit, hoc est si pactum de tradendo Titio fundum, non tam appositum sit ob utilitatem Titii, quam ob tuam, ut si eundem fundum eidem Titio pœna apposita dare promiseras, tunc si per te non stat, hoc est si paratus es tradere, licet non tradideris: frustra ergo voluntatem muto, nec fundum vindicare possum. Patet ergo ex hac lege Proculi nostram definitionem non improbari.

Stet itaque, quod a principio posuimus, legem donationi datam, ut alteri quid detur, vel fiat, re integra posse revocari ex pœnitentia illius scilicet, qui apposuit; non etiam heredis ipsius, *dicta l. si quis ff. de servis export*. Imo ex dictis constare potest regulam ita generatim concipiendam esse, nimirum pactum in causa extranei in contractu quocunque appositum ex pœnitentia apponentis revocari re integra, hoc est antequam nihil juris quæsitum fuerit extraneo. Sed videamus quibus modis jus extraneo acquiritur, ita enim totam rem hanc plane intelligemus. Primo quæritur jus extraneo stipulatione ipsius, *dicta l. quoties C. de donat. quæ sub modo*. Secundo diei lapsu, argumento *l. Aristo*. Tertio, & maxime traditione, cum scilicet nullum pactum in tempus præfinitum est, *dicta l. si cum fundum*.

Sed ut dicam, quod res est, valde dubito, utrum attento jure Justinianeo, ea quæ diximus locum habeant. Nam hæc donatio, quæ fit ea lege, ut quid alteri detur, vel fiat, duplex donatio est. Una in eum, cui statim res datur. Altera in eum, cui ex pacto est dandum quid, vel faciendum. Constat hoc ex *l. Seja ff. de dote prælegata*, ubi adhibitus ad stipulandum, dotem tibi soluto matrimonio restituendam, si stipulatur mandato mulieris jubentis, & dantis dotem, non intelligitur adhibitus animo donandi, sed tenetur actione mandati heredibus mulieris (ut etiam est in *l. cum quis decedens 9. nupturam ff. de legat. 3.*) Sed si absque mandato adhibetur, tunc donationis causa ad stipulandum adhibitus intelligitur: ita lex illa explicanda est. Itaque quoties tibi do-

no

no fundum, ut Cajæ intra certum tempus restituas, tunc duplex donatio est, prior tibi facta intelligitur, altera Cajæ, quæ vel omnino non stipulatur, vel utique non stipulatur jussu meo, ideoque semper etiam ipsa donataria censetur. Idem est si tibi dono Stichum, ut post quinquennium manumittas; nam libertas etiam donatur, ut indicat phrasis illa libertate donare; itaut cum in *l. Aristo* dicitur hanc donationem mixtam esse cum negotio, ut scilicet ante quinquennium donatio sit, post quinquennium vero negotium, hoc intelligendum sit respectu ejus, cui fundus, vel Stichus statim traditur, non item respectu Cajæ, vel Stichi, qui & ipsi donatarii sunt. Hoc posito videamus quomodo hæc secunda donatio facta intelligatur. Non est facta pacto, quia pactum solum inter donantem, & primum donatarium conventum est, sed respectu illius, cui dandum est, vel faciendum, habebitur ut facta per pollicitationem, quæ est solius offerentis promissio; & hinc juris rigore ex hoc pacto ei, cui dandum est, non præstatur actio, quæ ex pollicitatione non nascitur, nisi facta in Rempublicam sit, ut in *tit. ff. de pollicitat.* At vero ex benignitate impertitur, tunc cum tempus præfinitum lapsum est, ut diximus. Hinc difficultatis ratio desumitur; proptereaquod hodie ex Justiniano in *l. si quis argentum §. penult. C. hoc tit.* Donatio per pollicitationem facta valida est, & obligat pollicentem ad præstandum id, quod donavit; ut si testato dicam serio me Titio absenti centum donata velle, jam Titius jure me cogere potest ad præstanda ea centum sibi pollicitatione promissa. Ita ergo cum dono tibi fundum, ut Cajæ restituas, quia statim videor Cajæ per pollicitationem donasse, statim etiam ipsi obligor, & perfecta donatio est. Hinc fit me non posse deinde pactum hoc ex pœnitentia revocare; quia revocarem donationem pollicitatione factam, & perfectam contra juris regulam in *l. 3. C. de donat. quæ sub modo*, ubi habetur: donationem semel perfectam sola pœnitentia non revocari.

EXERCITATIONES

De Antidoro, seu Remuneratione.

Cum donatio ob causam ideo fit, quod collata in nos beneficia & merita veluti compensare velimus, rumuneratoria dicitur, vel antidorum, ut si donem, quod opera tua adjutus sum. Ita tamen ut donatio merita non excedat; nam in excessu dicetur mera donatio, nisi exiguum sive modicum excessum sit, quod non attenditur, ut monuit Tiraquellus in *l. si unquam. num. 86. C. de revocand. donat.* Antidorum itaque est donatio non mera ob causam, quæ fit beneficium. Etenim remuneratio solum præcedentia merita respicit, non etiam futura, Imola, & Romanus in *dicto l. Aquilius*.

Communis tamen opinio est antidorum esse donationem impropriam. Verum omni pede renititur Arias Pinellus, qui eam propriam esse putat, tunc cum merita jus agendi non præstant, ad *l. 1. C. de bon. matern. 3. part. nu. 60.* cujus argumenta clarissima esse dixit Scipio Gentilis *lib. 2. de donat. inter virum cap. 20.* Sed neutrum verum est. Omnes hactenus decepti sunt hac in re, quod donationum divisiones, & definitiones omnino ignoraverint. Dicimus itaque antidorum neque propriam, neque impropriam donationem esse, sed esse non meram, quod ex hucusque disputatis clarissimum est, ut ob solam, merамque liberalitatis causam detur, ut demonstratum est, *l. 1. ff. hoc tit.* Sed cum quis donat ob benemerita, puta quia me a latronibus tutatus es, donat ex duplici capite. Primo ad exercendam liberalitatem. Secundo ad remunerandum meritum: ergo in ea donatione non est mera liberalitas, & proinde nec propria, nec impropria donatio est, quæ omnes meræ sunt. Sed erit inter donationes ob causam, quæ sunt non meræ, *d. l. Aquilius*, in qua, si donet quis Præceptori suo, quod ipsum scientia, & diligentia meliorem reddidit, non dicitur meram donatioοem fecisse, verum officium magistri quadam mercede remunerasse. Nec quidquam agit Accursius ibi verbo, *mercedem*, in eo textu sermonem

habe-

haberi de mercede debita pro institutione, quod omnino commentitium, imo falsum; nam merces non donatur, sed solvitur, & tamen Jurisconsultus dicit fuisse donationem, licet non meram; amplius non dicit absolute mercedem; sed officium magistri quadam mercede remuneratum, ubi particula *quadam*, aperte ostendit, ibi de vera mercede non agi. Dicimus itaque Jurisconsultum nihil cogitare de mercede ob institutionem debita, quæ etsi abundantissime præceptori soluta fuisset, adhuc tamen cum discipulus præceptori ob benemerita donat, non omnimodam exercet liberalitatem, sed aliquid compensat, & animum compensandi ostendit, cum dicit se donare ob hoc, quod meritum in se collatum sit.

Probatur id etiam ex *l. sed si lege §. consuluit ff. de petitione hereditatis*. Proponitur ibi species de bonæ fidei possessore alienæ hereditatis; qui ex ipsa hereditate alicui rem donavit, & vicissim a donatario postmodum antidora, seu remunerationes accepit, & dicitur quod inde locupletior fit factus; proindeque heredi remunerationes illas restituere teneatur. Ex quo satis arguitur remunerationem esse quidem donationem, quia qui accipit, dicitur locupletior factus, sed vicissim non esse meram. Primo quia bonæ fidei possessor antidora illa restituere tenetur heredi, ea de causa, quod remuneratio facta fit ad compensandum id, quod ex hereditate fuit donatum. Secundo quoniam Jurisconsultus ibidem subdit, hanc remunerationem velut genus quoddam esse permutationis. Cum vero Pinellus ait, hæc verba ornatus causa obiter esse a Jurisconsulto prolata, nec proinde attendenda, omnino negatur.

Huic nostræ opinioni nihil obstant, quæ in contrarium congeruntur, præcipue a Pinello: nos levibus omissis, unum, vel alterum, quod majorem vim habere videtur, discutiemus.

Non obstat itaque primo, quod nulla donatio fine causa fiat; sed omnis quæcumque ea fit ob meritum aliquod accedat; *l. nec adjecit ff. pro socio*. Nam respondemus verum quidem esse donationem omnem ob merita fieri, sed non ideo statim omnis donatio remuneratoria dicitur. Sciendum itaque ad remunerationem opus omnino esse, ut expressa meritorum mentio fiat, ut probant nostri ex *d. l. Aquilius* ibi: *Quod cum patre meo &c.* itaut si nulla horum mentio habita fit, non remuneratoria, sed mera donatio est, & dicitur; atque hic locum habet ea juris regula, quod aliud operatur expressum, ac tacitum.

Nec iterum obstat Papinianus in *l. donari ff. hoc tit. & ff. de regul. juris*, ubi habetur: Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur. Non enim hinc fit remunerationem meram donationem non esse, siquidem Papinianus in ea lege non loquitur signanter de mera donatione, sed generatim de omni, sive mera sit, sive non, & utra sit, ait, fieri nullo jure cogente.

His itaque positis, Glossographi multa hic de donatione remuneratoria congerunt; quorum pleraque non legibus aut rationibus, sed opinionibus tantum, & allegationibus barbaricis confirmantur, ut ait Hubertus Giphanius ad *l. si pater §. 1. num. 11. ff. hoc tit.* Nos prius certa, mox incerta proponemus.

I. Itaque donatio remuneratoria ultra modum facta valet; ita Paulus in *d. l. si pater §. 1.* in hæc verba: Si quis aliquem a latrunculis, vel hostibus captum eripuit, & aliquid pro eo ab ipso accipiet, hæc donatio irrevocabilis est, nam merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit. Hanc legem pessime interpretatus est Accursius, qui credidit Jurisconsultum dicere donationem hanc, etiam ingratitudine secuta, revocari non posse. Sed fallitur, quoniam tempore Pauli nondum Imperator Philippus ob vitium ingrati revocari donationem permiserat; quare de hac revocatione loqui Paulus non potest; sentit itaque Jurisconsultus de modo donationis a lege Cincia statuto, quem si donationes excedebant, inutiles erant, & ait, hoc locum non habere in antidoro, quod potest valide modum excedere, ut patet ibi *certo modo*. Verum quoniam hodie modus legis Cinciæ sublatus est, & in ejus vicem introducta est insinuatio; ideo legem hanc de insinuatione accipiemus, ut nimirum in antidoro insinuatione opus non sit, quod

quod tradunt communiter nostri, & Cujacius *lib. 29. quæstionum Papiniani ad l. Aquilius*. Concedimus tamen dictam legem ex æqualitate rationis extendi ita posse, ut nec revocetur antidorum ex quinque causis ingratitudinis, neque agnatione liberorum. Quare Cujacius ait *tit. C. de revocanda donat.* non pertinere ad donationes remuneratorias *lib. 17. observat. cap. 33.*

II. Ex *l. idemque §. ult.* juncta *l. si vero in princip. ff. mand.* differentia inter principalem, & inter remuneratoriam donationem affertur, quod fidejussor, cui creditor accepto tulit ex causa remunerationis, habeat actionem mandati contra debitorem, pro quo fidejussit, ex principali donatione non habeat; hujus rei rationem Jurisconsulti passim non intelligunt. Henricus Bocerus, *cap. 117. de donat. num. 5.* eam dicit, esse quod qui accipit antidora, non fit inde locupletior, & proinde pro debitore ex suo solvisse intelligitur; quod tamen falsum est, cum omnino contrarium sit, *d. l. sed si lege §. consuluit ff. de petit. heredit.* in qua diserte is, qui antidora accipit, dicitur locupletior factus. Dicimus itaque cum Giphanio *loc. cit. num. 32.* rationem diversitatis esse, quia in antidoro abest aliquid fidejussori, in donatione vero simplici non item.

III. Hæc ex meritis donatio facilius præsumitur; patet id ex *l. si vero §. inde Papinianus ff. mandati*, ubi patronus prædium emendo bessem pretii solvit, mox idem liberto donat ea lege, ut residuum pretii hoc est trientem venditori redderet; id facit libertus, qui deinceps patrono idem prædium vendenti consensit, censetur patrono donasse, nec trientem petere potest; actus itaque gestus, alias dubius, pro donatione habetur, cum agitur de antidoro. In aliis vero casibus donatio facile non præsumitur, quia nemo facile pecuniam suam jactat, *l. cum de indebito, in princip. ff. de probat.* & qui donat, perdere videtur, *l. filiusfamilias, in princ. ff. hoc tit.* Sunt tamen hujus regulæ exceptiones aliquot, de quibus post alios agit Bocerus *cap. 1. num. 19.*

IV. Antidorum latius interpretatur ac simplex donatio, quare licet habitatio alteri concessa ab herede donatoris revocari possit, cum simplex donatio est, *d. l. Lucius ff. hoc tit.* id tamen cessat cum remuneratoris est, *d. l. Aquilius:* sed de his legibus latius in 2. *part.* agemus.

Hæc tantum privilegia in jure nostro donationibus remuneratoriis concessa reperiuntur. Sunt tamen alia, & quidem plurima, quæ a Glossographis adjecta sunt. De his videamus.

I. Ex causa remunerationis putant donationem teneri de evictione, ex *d. l. idemque §. ult. l. si vero, in princ. ff. mandati*. Id tamen in ea lege non dicitur; nam mandati actio, de qua ibi agitur, non competit donatario contra donatorem, ut stulte credunt, sed adversus debitorem. Verius itaque puto in donantem evictione non obligari, ut docuit Decius in *l. si donatione, num. 35. & seq. C. de collat.* aliique; sed nullus hactenus vera, & solida ratione id demonstravit. Nos dicimus, quod ideo in reliquis donationibus negatur evictio, quia is, qui accipit, est rei lucrativæ possessor, ut notat Paulus 5. *sentent. tit. 11. §. invitus*, & quia is, qui dat, non debet liberalitatis suæ pœnam pati, *l. ad res donatas ff. de ædilit. edict.* Sed hæ rationes etiam in antidoro locum habent; propterea quod qui antidorum accipit, locupletior fit, *l. sed & si lege §. consuluit ff. de petit. hereditatis*, & qui antidorum dat, liberalitatem etiam exercet, licet non meram. Quare neque hic suæ munificentiæ pœnam subire debet, & propterea de evictione non tenebitur. Verum tamen est jure Longobardico cautum esse, ut in antidoro detur evictio, *l. 2. de evictionibus, inter leges Longobardicas*.

II. Docent donatorem in causa remunerationis teneri in solidum, hoc est etiam ultra id, quod facere potest, Tiraquellus *loc. cit. n. 58. & 144.* Sed placet contraria opinio, tum quia leges generatim docent eum, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnari, deducto etiam ære alieno, *l. inter eos §. finali ff. de re judicata*, §. *sed etsi quis Institut. de actionibus*. Ergo id etiam in donatione remuneratoria locum habere debet; nam jura singularia non sunt recipien-

pienda sine certa lege, quæ ea statuat, *argum. l. quod vero*, & *l. jus singulare ff. de legibus*; tum etiam quia liberalis non est avare exigendus, nec debet suæ liberalitatis pœnam ferre; ita Giphanius *loc. cit. num.* 33. *& seq.* Bocerus *num.* 29. qui tamen in gratiam Pragmaticorum putat contrariam opinionem posse defendi ratione, quod donator hic duplici vinculo ligatus est; primo naturali ad antidora; deinde etiam ex promissione sua; sed quoniam hoc duplex vinculum non facit, quin donator hic liberalis non dicatur; ideo ratio hæc nihil urget.

III. Inter virum, & uxorem ajunt donationem remuneratoriam valere. Probant id tum ex *l. ult. ff. de donat. inter virum*, ubi si uxor nummis a viro sibi donatis servum emerit, qui plane uxoris fit; mox vero servum hæc donationis causa viro tradiderit, rata erit traditio, & donatio; tum ex *l. quod autem §. si viro ff. cit. tit.* ubi si vir, & uxor, quia invicem sibi donaverint, & maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit compensationem fieri donationis, & hoc D. Hadrianus constituit. Ex his, inquiunt, patet antidorum licite inter conjuges fieri, constat enim donationes mutuas, de quibus citatæ leges loquuntur, etiam remuneratorias esse, *d. l. sed etsi lege §. consuluit*.

Sed verius est donationem remuneratoriam inter conjuges interdici, ut censuit Arias Pinellus in *l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 3. *num.* 62. *vers. infertur nono*, & Scipio Gentilis *lib.* 2. *cap.* 2. quorum tamen argumenta parum urgent, cum fundentur in eo, quod putant remuneratoriam donationem esse propriam, & simplicem donationem, quod falsum esse jam ostendimus. Nos ergo istud ita probabimus. Ratio potissima cur donationibus conjugalibus interdictum sit, est ne alter ditior, alter pauperior fieret, ut constat ex oratione D. Antonini: sed qui antidorum accipit ditior fit, ut diserte traditum est in *d. l. sed etsi lege §. consuluit*, qui autem dat, pauperiorem fieri, nullum dubium esse potest, cum patrimonium suum diminuat: quare dicendum est etiam antidora inter conjuges prohibita esse.

In quantum ad donationes mutuas, dicimus eas permitti, non quia sunt remuneratoriæ, licet etiam hujusmodi sint, sed quia mutuæ; nam mutuæ donationes tunc inter conjuges substinentur, si tantundem simul quis accipiat, aut paulo plus minusque, quam dederit, ut notat Gentilis idem *lib.* 1. *cap.* 5. tunc enim nullus conjugum fit pauper vel dives, cum pene quod dedit accipiat, quare optimo jure permittuntur; ita ergo cum quis donat uxori centum, quæ inde servum emit, & viro invicem donat, neque vir diminuit, vel auget patrimonium, neque uxor; & proinde nihil est, cur prohibita dicatur, *d. l. ult.* Ita quoque si vir uxori anulum, qui centum valeat, causa donationis tradat, & e contrario uxor viro Syphum, qui tantundem æstimetur, ob eandem rationem substinentur donationes: licet autem mox ex supervenienti causa vir servet sibi donatum, uxor amittat, non tamen ad irritum recidere potest, quod ante jure valuit, *l. donationes, in princip. ff. hoc tit.* quod confirmavit Imperator Hadrianus in *d. l. quod autem §. si vir.* Itaque permissæ inter conjuges mutuæ donationes sunt; non quod alter alteri remunerare possit, sed quoniam nihil ex patrimonio diminuitur, ut propterea nihil etiam pro donationibus remuneratoriis inter conjuges substinendis ex dictis juribus erui possit.

IV. Militem, qui focariæ suæ donare prohibitus est ab Imperatore Antonino in *l.* 2. *C. de donat. inter virum*, volunt id posse, si ab hac in ipsum beneficia collata sint. Ancharanus *consil.* 247. Decius *consil.* 132. Afflictus *decis.* 172. afferunt ad hoc textum in *l. miles in princ. ff. de re judic.* quæ tamen lex nihil ad rem nostram facit, cum ibi solummmodo dicatur militem ob æs alienum in Castris contractum non conveniri, nisi quatenus facere potest. Stet ergo regula, hanc militis donationem in focariam nunquam valere.

V. Traditum est Procuratorem, qui liberam administrationem habeat, posse antidorum dare ei, qui in dominium beneficus fuisse probatur, Bartolus in *l. ambitiosa ff. de decretis*, in quam sententiam communiter itum est apud Tiraquellum in *l. si unquam*, verbo, *donatione largitus*, *num.* 26. Sed nullo modo id substineri potest,

test, & improbatur per Cajum in *l. contra* §. *si filius ff. de pactis*, ubi filius, aut servus licet liberam peculii administrationem habeant, concessum tamen jus donandi non habent; & ratio est, quia donare est perdere, non administrare res. Quare contrariam sententiam recte veriorem judicat Aretinus *cons.* 24. quam amplectuntur Bocerus *cap.* 13. *num.* 19. Giphanius ad *l. penult. n.* 21. *ff. hoc tit.*

VI. Tutorem, & Curatorem propter remunerationem posse donare, existimant Raphael Cumanus *cons.* 101. Romanus *cons.* 50. sed plane non est recedendum a regula, quæ his de bonis pupilli, vel adolescentis donare prohibet, *l. ult. ff. de Curat. furios. l. tutor ad utilitatem*, *l. Lucius*, §. *ult. ff. de administrat. tutorum*, *l. pactum Curatoris C. de pactis*. Non enim ulla ratio est, vel lex, quæ ab hac regula recedendum esse suadeat, vel jubeat. Et plane ad rem nostram non facit Paulus in *l. cum plures* §. *cum tutor ff. de administrat. tutorum*; nam ibi dicitur tutorem præstare præceptoribus pupilli mercedes, quod plane necessitate fit, non ex liberalitate. Dicitur etiam eum posse solemnia munera parentibus, cognatisque pupilli mittere. Stultum autem est credere munus hic accipi pro antidoro, cum significet munuscula, quæ causa nuptiarum, vel natalium, conjunctis nostris mittimus, quæ non præstare incivile est, & contra bonos mores. Hinc tutor, qui non rebus modo, sed etiam moribus pupilli præponitur, hæc solemnia munera mittere potest, ut dicitur in *d.* §. *cum tutor*; quare nihil in ea lege habetur de antidoro, & licet tutori munus solemne dare permittatur, non licebit tamen remunerare. Ita maritus potest uxori munera natalitia dare, vel contra, *l. sed si vir* §. *penult. ff. de donat. inter virum*, & nihilominus antidorum præstare non potest, ut jam demonstratum est.

VII. Constans nostrorum opinio est donationem patriam ob remunerationis causam valere. Sed præ omnibus hic inspiciendum est, utrum filius de patre suo possit benemereri, quem lapidem prius omnium movit Jacobus Menochius, qui *lib.* 3. *præsumt. cap.* 29. *a num.* 4. *ad* 20. negat, nec videtur motus levi ratione; quandoquidem qui præstat id, quod jure debet, non dicitur benemeritus, sed justus, & æquus; constat autem filium omne obsequium, operas omnes patri, a quo vitam, & alimenta recepit, debere; si enim patri non debemus, cui quæso debebimus? Hinc filius obsequia patri præstat jure Decalogi; eidem alimenta præstat tum naturali ratione, tum etiam jure civili, ut patet ex Ciconiariis legibus, quæ sunt in *l. si quis a liberis* §. *parens ff. de liberis agnosc.* & in *l. ult.* §. *ipsum autem C. de bonis quæ liberis*. Reliquas operas quibus patris vita sustinetur, & defenditur, nisi filius præstaverit, poterit ut ingratus exheres scribi: quapropter dicendum videtur filium, si hæc omnia patri exhibeat, non esse benemerentem, sed justum, & æquum; quod omnino docuit Aristoteles 8. *eth. ult.* in hæc verba: *Deo, & parentibus nemo unquam dignum reddere potest*: sed qui quoad potest, obsequitur, bonus, & æquus esse videtur. Hanc Menochii rationem nullo modo solvit Fachineus, dum *lib.* 3. *controv.* 74. contra Menochium scribit, sed solum plures leges congessit, quæ meritorum filii in patrem, matremque meminerunt, ut est in §. 1. *auth. de non eligendo*, *l. de emancipatione C. de legit. heredib. l. cum pater* §. *rogo ff. de legatis* 2. *l.* 1. §. *toties ff. de collat. bonor.*

Sed hoc si recte attendamus, nullius momenti est, omnemque nodum dissolvet Papinianus in *d. l. cum pater* §. *rogo*, in qua quærit, quid intelligendum sit, cum dicitur filius promeruisse de matre, & respondet Jurisconsultus hoc tam esse si matrem beneficio affecerit, quam si matrem non offenderit; itaut qui filius matrem offendit, demereatur, qui non offendit mereatur. Ex quibus perspicue manifestum fit in filiis promerendi verbum, aliter accipi, ac in reliquis personis; nam in aliis ille promeretur, qui beneficium confert; in filiis etiam, qui non offendit, illo casu proprie loquitur, isto improprie. Sed si quæramus unde hæc varia verbi illius acceptio orta sit; unica tantum ratio nobis occurrer; nimirum quia filius nunquam dici potest in patrem, matremque vere beneficium conferre, nam quidquid confert debitum est; ideoque nunquam etiam de ge-

genitoribus promereri potest, sicuti extraneus de extraneo, quia unus in alterum potest, non solum debitum, sed verum beneficium conferre. Hinc ergo factum est, ut filii de parentibus nequeant hoc sensu promereri, sed solum improprie, non solum si beneficium conferant, sed etiamsi non offendant, quod nisi ita explicemus, sed e contrario dicamus semper hoc verbum, proprie, & eodem sensu accipi, jam rem absurdissimam attribueremus Papiniano, hoc est facilius posse filium promereri de genitoribus, quam extraneus de extraneo; quandoquidem in his non satis esset, & vere non satis est, si unus alterum nunquam læsisse dicatur, sed quid amplius exigeretur, scilicet beneficium fuisse collatum: in filiis vero ad promerendum non aliud opus esset, nisi leve istud, & propemodum nihil, hoc est non offendisse; itaque Papinianus stat pro Menochio, non contra ipsum pugnat, ut putabat Fachineus, & justa Papinianum interpretandæ sunt reliquæ leges, quæ de meritis filiorum meminerunt.

Si ergo verum est filium de patre promereri non posse, quid stultius quam quærere, utrum patria donatio collata in filiumfamilias benemerentem, valeat, an non? Sed age demus Fachineo, reliquisque, filiumfamilias vere posse de patre benemereri, adhuc tamen dicimus eam donationem in jure non subsistineri; nam ideo paterfamilias in filium donationem nullam conferre potest, quia ea statim a filio in patrem regrederetur, quæ certe ratio etiam locum habet in filio benemerito, cum regula sit omne profectitium nunquam filiofamilias acquiri, sed patris semper esse; ergo hæc etiam donatio nullius roboris est. Sed respondet Fachineus res ita a patre donatas non tam ex substantia patris, quam ex propria industria filium acquirere, eoque accensendas esse adventitiis. Verum frustra est; nunquam enim in jure nostro legimus ad res adventitias constituendas satis esse, si ex filiifamilias industria quærantur, cum simul exigatur omnino, ne a patre proveniant. Ita expressim Justinianus in *l. ult. in princip. C. de bonis quæ liberis*.

Tendem ajunt Ecclesiasticos posse remunerationis causa res Ecclesiæ immobiles donare, quod pugnat perspicue cum *l. jubemus nulli §. scientes C. de Sacros. Eccles.* ubi Leo Imperator dicit Archiepiscopo, & Æconomis Urbis Constantinopoleos nulla occasione vel tempore ad vicissitudinem beneficii collati (colorati legit Baldus & Cujacius *novell. 7.*) aut gratiæ referendæ donandi immobilia, vel quæ pro immobilibus habentur, facultatem permissam esse. Hanc legem extendit ad omnes Ecclesiasticos cujuscunque regionis, & locum, Imperator Justinianus in *novell. 7. de non alienand.* & *novell. 120. de alienatione & emphyteusi*.

Atque hæc de antidoro, & omnibus donationum speciebus, earumque proprietatibus dicta sint satis.

C A P. III.

De Modis, quibus vel donatio fit, vel ad donandum obligamur.

Duo omnino sunt modi, quibus donationes perficiuntur, alter de jure civili, ut mancipatio, alter de jure gentium, ut traditio. De priori dicendum prius est.

Mancipatio est imaginaria venditio, & traditio. Hæc in pluribus causis olim a Romanis adhibebatur, ut in testamento, quod per æs, & libram dicebatur; quod primus Constantinus Imperator sustulisse videtur in *l. quoniam C. de testamentis*; quemadmodum ostendunt verba illa: Ademptis his quorum imaginarius est usus. Adhibebatur etiam, & quidem tribus vicibus, cum filiusfamilias ex patria potestate exsolvendus erat, quod explosit Justinianus in *§. præterea Quibus modis patria potestas*. Solitum quoque erat usurpari in adoptionibus; nam Suetonius ait Augustum sibi Cajum & Lucium adopta sse, per assem (hoc est per æs) & libram emtos a patre Agrippa. Ejus etiam usus erat in donatione, itaut res mancipi per mancipationem; res nec mancipi per traditionem donarentur ut patet ex *C. Theod. hoc tit.* Sed quæ fuerit mancipationis solemnitas videamus.

Fiebat quinque testibus, & libripende Civibus Romanis puberibus præsentibus,

 & ea

& eo qui anteſtatus dicebatur.

Aderat libripens, quia cum Veteres non ære ſignato, ſed gravi uterentur, eoque penſo non numerato, ideo nullæ venditiones celebrabantur, niſi coram eo, qui æs penderet. Is libripens dicitur. Adhibebatur etiam anteſtatus, ſed quis eſſet, non ita obvium eſt. Conjectura Alexandri ad Cajum eſt anteſtatum fuiſſe, qui id agebat, ut quinque teſtes Cives Romanos puberes convocaret, mox cum libripende mancipationi intereſſet, & quinque teſtium aures, antequam mancipatio perageretur, ſemel, atque iterum, ut rei geſtæ memores eſſent, velleret, & ſic anteſtaretur. Id enim anteſtari eſt, ut patet ex Plinio *lib. 11. cap. 45. Eſt*, inquit, *in ima aure memoriæ locus, quem tangentes anteſtamur.* Et Horat. *lib. 1. ſatyr. 9. licet anteſtari? Ego vero oppono auriculam*. Tum qui rem mancipio accipiebat æs tenens ita dicebat: *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam eſſe ajo, eoque mihi emta eſt hoc ære, æneaque libra*. His dictis ære feriebat libram, idque æs dabat ei, a quo mancipio accipiebat, quaſi pretii loco: & res omnis erat abſoluta. Hoc æs grave ab antiquis dicebatur Rauduſculum, ut conſtat ex Varrone *lib. 4. de ling. latin.* mox cum ſignaretur, erat nummus ſextertius, quare apud Vitruvium *lib. 2. cap. 4.* legitur: *Nummo ſextertio mancipio dedi*. In matrimonio per coemtionem puto dictum aſſem Cajanum, ex illis verbis, *ubi tu Cajus, ego Caja*. Atque ita accipio Statium:

Emtum plus minus aſſe Cajano.

Ex dictis plura colliguntur ad noſtri juris intelligentiam. Primo quia hæc ſolemnitas, ſeu mancipatio in omnibus alienationibus adhiberi ſolebat, hinc intelligitur unde factum ſit, quod in lege Decemvirali emtionis verbo omnis alienatio comprehenderet, ut dicitur in *l. ſtatuliberi §. ſed veriſſimum ff. de ſtatuliberis*, & nomen venditionis generatim ſumtum omnem omnino actum denotet, quo dominium transferibatur, *l. ſicut §. venditionis ff. quibus modis pignus, cum concordantibus ibi a gloſſ. citat.* Propterea ſi venditio rei prohibita ſit, etiam donatio prohibita intelligetur, ſi modo aliqua via, & ratione colligi poſſit eum, qui prohibuit, venditionis nomine generatim ſumto uſum fuiſſe, ut ſi dictum fuerit, ne quid vendatur extra familiam ut diſponitur in *l. 4. C. de fideicomm.* ibique notant Bart. & Salyc.

II. Quia hæc ſolemnitas cum animo donandi adhibebatur, erat imaginaria venditio, ſed re vera erat donatio; ideo ſtatutum eſt ne a nomine donationis donatio penderet, ſed a mente dantis & accipientis, cum plus valeat, quod agitur, quam quod ſimulate concipitur, *tit. C. plus valere*; quare ſi verbo donationis dominus colono ob ſterilitatem anni remiſerit, deinde ſequentibus annis contigerit ubertas, nihil obeſt domino remiſſio, quaſi non ſit donatio, ſed tranſactio, *l. ex conducto §. Papinianus ff. locat.* & a diverſo, ſi ut donaretur venditionis contractus ſimulatus eſt, non eſt emtio venditio, ſed donatio, *l. 3. C. de contrah. emt.* Imo etiamſi quis conduxerit *nummo uno*, conductio nulla eſt, quia hoc donationis inſtar inducit, *l. ſi quis conduxerit ff. locat.* De his donationibus velatis intellexit Conſtantinus Magnus in *l. donatio C. de donation.* ubi meminit donationis cognominatæ animo dantium, accipientiumque ſententiis; hoc eſt, ut Theodorus græcus gloſſator interpretatus eſt, donatio velata alterius contractus titulo, quod probat Cujacius *lib. 2. obſervat. cap. 4.* & Jacobus Gothofredus ad *l. 1. C. Theod. de donat.*

III. Colligi poteſt, quid voluerit Juſtinianus in *l. ult. C. hoc tit.* ubi ſtatuit rejicienda eſſe verba illa, quæ olim in donationibus apponi ſolebant, nimirum ſextertii nummi unius aſſis, vel quatuor, quæ verba nil mirum eſt non intellecta fuiſſe ab Accurſio omnis antiquitatis ignaro; pertinent enim ad formam donationis, quæ cum poſt mancipationem in ſcripturam redigebatur, nummis ſextertii, qui pro varietate temporum varius fuit, mentio fiebat, quo mancipatio facta erat, ut patet in inſcriptione Urbis Romæ, Fuggeriana, cujus verba hæc ſunt: *Hoc monumentum Lucius Taturius Sabinus ſe vivo donavit Lucio Sanio Symphoro, mancipavitque ſextertio nummo uno*; quæ verborum ſolemnitas poſtea in omnes donationes obrepſit, ut ex *d. l. ult.* patet. Et hæc aufertur a Juſtiniano ibidem; ita tamen ut cuique per-

permissum sit iis uti, vel non uti, ut magis libitum est.

Et hæc de modo donandi civili, qui jam sublatus est: dicamus de eo, qui est de jure gentium. Modi quibus rerum dominia jure gentium nobis acquiruntur, tres omnino sunt: occupatio, si res nullius est; traditio, si res dominum habet; & accessio, quæ locum habet tam in rebus nullius, quam in alienis: ideo cum donatio, si originem spectes, sit adquisitio de jure gentium, uno ex his modis perficiatur, oportet. Certum est autem ex his, quæ disputata sunt *cap.* 1. *quæst.* 1. perfici traditione, non item occupatione, quia non donantur res nullius, nec accessione, quia in hac potius juris censura, vel facto meo, quam facto alterius (quod factum in donatione requiritur) dominium rerum nostrum fit; ideo unicus tantum erit modus, quo donatio perficitur, nimirum traditio. Ceterum, ut traditio dominium transferat, varia exiguntur, jus, sive dominium tradentis, capacitas accipientis, affectus utriusque in idem, res corporalis, & justa traditionis causa, ut patet in *tit. ff. de acquir. rerum dominio*.

Verum gravis hic quæstio est, si dissensus sit dantis, & accipientis in causam, utrum vitietur causa solum, an etiam traditio. Finge pecuniam tibi traditam animo donandi, quam tamen animo mutui accipis; hic dissensus est in causa, sive titulo; datur enim pecunia titulo donationis, & accipitur titulo mutui; quæstio hinc duplex esse potest. Prior est si error iste in causa ita vitiet causam, ut nec donatio, nec mutuum sit; altera si vitiet etiam traditionem, hoc est, ut ea traditione proprietas rei translata non sit. Ad hanc duplicem quæstionem non advertunt nostri, sed eas, tanquam una sit, invicem confunduntur. Sed falluntur, ut per se clarum fiet.

Quoad primum attinet, dubitandum non est causam vitiari; clarissima enim sunt verba Ulpiani in *l. si ego ff. de reb. credit.* ubi habet: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit, videndum est, & puto nec mutuam esse. Ratio utriusque propositionis in promtu est: non enim est donatio, quia ad eam necesse est, ut utrinque concurrat animus, & affectus dantis, & accipientis liberaliter; non est mutuum, quia in mutuo, & in omni contractu consensus requiritur utrinque, ut obligatio constituatur, *l.* 3. §. 1. *ff. de A. & Obl.* Quare cum ad causam requiratur consensus, & hic sit dissensus; hinc fit, ut nulla subsit causa.

In quantum ad secundum an ea pecuniæ traditione dominium, & proprietas transferibatur, dubitatio magna est. Ulpianus enim in *cit. l. si ego* negat, his verbis: Magis (puto) nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit, hoc est quia opinionum diversitas sive dissensus facit causam nullam, ideo traditio nuda est; constat autem nunquam nuda traditione dominium transferri, ut habet Paulus in *l. nunquam ff. de acquir. rer. dominio*. Verum Julianus Ulpiano diserte in quæstione proposita adversatur in *l. cum in corpus ff. cit. tit.* Cujus verba adscribam: Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi, aut recipiendi dissenserimus. Quare juxta Paulum ad proprietatis translationem satis est, si in corpus, quod traditur, consentiamus, licet in causis dissentiamus. Id negat Ulpianus.

Ut hanc Jurisconsultorum discrepantiam de medio tollant, multa Nostri comminiscuntur. Alciat. *lib.* 5. *parerg. cap.* 14. secutus Franciscum Aretinum torquet verba Juliani, itaut apud ipsum accipiens pecuniam quasi creditam, intelligendus est accipere quasi sibi debitam; ut trado ego tibi pecuniam animo donandi, tu eam accipis, non ut donatam a me tibi, sed ut debitam, accipis, inquam, in solutum, & hoc casu transfertur dominium, quia subest causa, nempe obligatio, sive contractus. Donellus vero ad *d. l. si ego* e diverso torquet verba Ulpiani, putatque illa, nummos accipientis non fieri, ita esse accipienda, quasi dictum sit, fieri quidem; sed non plene, & perfecte, eo quod condictione possint repeti. Verum hæ nugæ sunt, quas palam utriusque Jurisconsulti verba

non

non ferunt. Et merito Aretinus reprehenditur a Ludovico Charonda *lib. 2. cap. 2.* aliisque, & Donellus rejicitur ab Huberto Giphanio ad *d. l. cum in corpus*. Nec alii, qui hanc materiam tractandam susceperunt, meliora his reponunt.

Mihi plane dubium non est Julianum, & Ulpianum hac in re de industria dissensisse, nec posse sine cavillo ad concordiam reduci, qui discordes esse voluerunt. An ergo reprehendemus Tribonianum, quod leges sibi invicem adversantes nobis observandas proposuerit? Nihil minus, si verum est, quod jam supra monuimus in *ff.* cum plurium Jurisconsultorum pugnantia responsa posita sunt, quorum unum sit opinio, alterum sententia, ea mente fieri, ut unius opinio rejiciatur, retenta alterius sententia. Ita plane in casu nostro dicimus observandum pro lege esse responsum Juliani, quod per modum sententiæ conceptum est, cum ait: Constat proprietatem ad te transire; e diverso vero referri tantum, non etiam probari responsum Ulpiani, quod opinionem solum habet, ut patet ex illis verbis, Magisque puto. Sed videndum est an id merito fiat, sive utrum rectæ Juris rationi innitatur sententia Juliani, cum dicit dominium transferri, etiamsi error, & dissensus sit in causa; Affirmat Donellus, & Giphanius, quod verum est.

Probatur, nam ad translationem dominii opus est, ut traditio non sit nuda, sed cum causa justa. Consentiunt in id Paulus & Ulpianus, ille in *d. l. nunquam ff. de acquir. rer. dom.* iste *lib. regular. tit. 19.* & quidem rationi consentaneum est; nam cum nihil sine causa fiat, consequens est, ut qui sine causa tradit, nihil egisse, & tradidisse videatur. Ceterum in specie proposita, cum ego trado quasi donaturus, & tu accipis quasi mutuum, adest causa justa traditionis. Quare dicendum est dominium transferri. Quod adsit causa justa, perspicuum fit ex eo, quod cum ego trado, quasi donaturus, duplicem habeo tradendi causam. Prima est, ut in te rei dominium transferam. Secunda, ut transferam titulo donationis, possem enim alio titulo transferre. Hinc quamvis causa secunda nulla sit, seu vitietur ex dissensu, subest tamen prior causa, nimirum velle rei dominium in te transferre: in quam causam etiam ipse consentis, quoties enim accipis eam pecuniam, quasi mutuam, duplicem etiam accipiendi causam habes. Prima erit, ut in te dominium rei transferatur. Secunda, ut fiat ratione mutui, & proinde consentis mecum in prima causa, licet dissentias in secunda, sive in mutuo, quæ causa propter dissensum vitiatur, non secus ac vitiatur causa donationis. Adest itaque traditionis causa, nimirum dominii translatio, quæ quidem justa est, cum inde nullus invitetur ad delinquendum: in hanc concurrit affectus dantis & accipientis: ergo dominium transfertur. Et sane cur dicemus dominium non transferri, si consentimus ambo in hoc, ut dominium per traditionem transferatur? hoc esset contrarium naturali æquitati, ut constat ex Cajo in *l. quæ ratione §. hæ quoque ff. de adquir. rer. domin.* ubi de adquisitione per traditionem agens, ait: Nihil enim est tam conveniens naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam habere. His accedit, quod in causa indebiti, si quis alteri solvat, putans se ei debere, transfert dominium in accipientem, quamvis non debeat, quia animus utrinque fuerat dantis, & accipientis ad dominium transferendum. Hinc ad eam rem repetendam non datur vendicatio, sed condictio; condicimus enim quod nostrum non est, sed nobis debetur toto *tit. de condict. indebiti.*

Hinc non obstat contra Julianum ratio Ulpiani, cum dicit, ideo nummos accipientis non fieri, quia alia opinione accepit, hoc est ego dedi titulo donationis, tu accipis titulo mutui. Non obstat inquam, quia hinc solum colligi potest non valere neque mutuum, neque donationem; in hoc enim diversitas opinionis est, sive dissensus. At vero circa translationem dominii secus se habet, cum in ea consenserimus; tunc itaque verum esset dominium non transferri, si ego tradam quasi donaturus, tu accipias quasi depositum; tunc enim quia non consentimus in dominii translationem, ideo non transfertur dominium; & insuper neque donatio, neque depositum ullius momenti est, nempe dissensus est in

in prima, & in secunda causa traditionis: & hoc est traditionem esse nudam.

Fit etiam donatio per traditionem fictam, quæ etiam quasi traditio dicitur. Ut vero pateat hanc locum habere in donatione, opus est, ut in ejus explicatione aliquantum immoremur. Ejus quaternas facio species, Fictio brevis longæque manus, Traditio per symbolum, seu notam, Traditio legalis, & quæ in alia traditione fundatur.

Quid sit brevis, & longa manus in jure nostro, non omnes intelligunt. Nos dicimus brevem manum esse cum pro duabus traditionibus, quæ fieri deberent, a primo ad secundum, a secundo ad tertium, unica tantum fit, seu vera, seu ficta, ut si primus recta tradat tertio. Manifestum id est ex Ulpiano, qui inter Jurisconsultos solus de brevi manu mentionem habuit in *l. licet* §. 1. *ff. de jur. dot.* ubi si quis debitori marito sic acceptum ferat, ut velit mulieri donatum, videtur brevi manu acceptum a muliere, & marito datum, & maritus uxoris debitor manet, tanquam ab ipsa accepisset. Ecce hic datur a primo, scilicet creditore, tertio, qui est maritus, brevi manu quod tradendum erat a creditore mulieri (quæ hic dicitur secunda) & ab hac marito. Similis casus habetur in *l. hac ratio* §. *final. ff. de donat. inter virum*, in *l* 2. §. *cum vero*, in *l. qui id* §. *fin. ff. hoc tit.* in *l. singularia ff. de rebus creditis*, & in *l. quod meo* §. *si venditore ff. de adquir. poss.* Longa manus idem est, ac brevis, quod inter tot Interpretes solus Accursius recte vidit in *l. pecuniam ff. de solut.* ubi solum mentio longæ manus habetur; ait enim ibi Jabolenus rem mihi debitam, si in conspectu meo ponere te jubeam, finge super tabulam, efficitur, ut tu statim libereris, & mea esse incipiat, & quodammodo longa manu tradita existimanda est. Hic traditiones hoc ordine faciendæ erant: tu qui es primus, tradere debebas mihi secundo rem debitam, quam ego secundus super tabulam; quæ est tertia, ponere debebam, sed non ita actum est. Verum tu primus super tabulam, quæ est tertia, posuisti. Hoc factum per brevem manum diceret Ulpianus, sed Jaboleno placuit longam manum appellare; uterque autem recte, cum ad diversa respexerint, brevis ideo, quia duæ manus, seu traditiones restrictæ sunt, & veluti migrarunt in unam; longa e diverso est, quia una manus, seu traditio tantum valet, quantum si duæ factæ manus essent. Itaque gravissime fallitur Hotomanus ad *l. 6. C. de donat.* ubi distinguit inter longam, & brevem manum, itaut brevi manu id donari dicat, quod transit de manu donantis, recta in manum donatarii, tunc vero longa manu, cum donans absens absenti per nuncium, vel per procuratorem mittit. Nihil absurdius excogitari poterat. Falsus etiam est Dionisius Gothofredus ad *d. l. pecuniam*, cum putat longæ manus vocabulo intelligi oculos, & affectum, quibus possessio rei quandoque apprehenditur, quod etiam diverat Cujacius ad *l. 2. feudor. tit.* 3. qui desumit id ex *l.* 1. §. *penult. ff. de adquir. possess.* Verum licet ibi Paulus dicat possessionem oculis quandoque apprehendi, non ideo statim oculi longæ manus sunt. Imo Jabolenus dicit debitorem tradidisse pecuniam longa manu, quæ traditio non oculis, sed manu facta est.

Fictio per symbolum est, cum unius rei traditio alterius rei traditionem factam inducit. Primo est per claves, ut si merces in horreo, aut vinum in cella vendatur, & clavium horrei, aut cellæ traditio fiat, ipsæ merces, & ipsa vina tradita videntur, *l. qua ratione* §. *item si quis ff. de acquir. rer. dominio*; modo tamen id fiat in re præsenti, hoc est apud ipsum horreum, vel cellam, *l. clavibus ff. de contrah. emt. d. l.* 1. §. *penult. ff. de acquir. poss.* II. Per instrumentum, quo mancipium emi, tibi donationis causa tradam, etiam mancipium ipsum donasse, & tradidisse videor, *l.* 1. *C. de donat.* quo tamen casu rei, seu mancipii donati præsentia non est necessaria, ut ibidem notat Giphanius, quia instrumentum est loco rei, cujus jus in eo continetur; aliud est in clavibus, in quibus certe jus continere non potest, & earum traditio prope horreum requiritur, ut sciatur sine fraude, quæ merces, & in quo horreo conditæ tradi intelligantur. Non itaque semper rerum aut personarum præsentia requiritur, sed incertis tantum casibus, ut & Cujacius admonuit *lib. 4. observat. cap.*

cap. 3. III. Est pars pro toto, ita tradere vinum degustandum emtori pro totius dolii traditione habetur, *l. 1. & l. 4. ff. de periculo & commodo rei vendita*. IV. Species pro quantitate: exemplum est in *l. rogasti ff. de rebus credit.* in hæc verba: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, & nummis uteteris, si vendideris puto pecuniam mutuam factam*. Itaque traditio speciei, nimirum lancis, inducit per symbolum traditionem ipsius pecuniæ, seu quantitatis.

Traditio legalis est, cum nihil traditur, sed tale aliquid fit, unde rem traditam intelligere oportet. Hujusmodi est primo exceptio ususfructus, ut si donando rem, usumfructum mihi excipiam, jam tradidisse videor, & sic perfecta donatio est, *l. quisquis rem C. hoc tit.* quia ususfructus, & proprietas simul in eodem esse non possunt, & nemini res sua servit. Hæc fictæ traditionis species antiquis Jurisconsultis (quidquid repugnet Cujacius *lib. 19. observat. cap. 18.*) nota non fuit, *argum. l. Seja ff. de mort. causa donat.* Ubi Seja Titio cognato bona sua donavit, eaque ei tradidit, sed sibi usumfructum recepit. Utrumque igitur ibi intervenit, nempe & traditio corporalis, & exceptio ususfructus; deinde hæc fictio introducta fuit jure Principum in duobus casibus, donationis, & dotis, quæ & ipsa est donationis species, ut referunt Honorius, & Theodosius in *l. penult. & ult. C. Theodos. hoc tit.* Verum Tribonianus cum eas leges retulisset in C. Justinianeum in *d. l. quisquis rem*, extendit id etiam ad venditionem. Hæc dicta volui, ut intelligatur stricto jure hanc fictæ traditionis speciem in aliis causis præter tres dictas locum non habere. Secunda species traditionis legalis est rei demonstratio, ut si quis columnas alteri vendat in re præsenti, *l. 1. §. penult. ff. de adquir. poss.* illa enim rei demonstratio pro traditione habetur, ut in *l. quod meo §. si venditorem ff. cit. tit.* Tertia est custodiæ positio: ita si acervum lignorum emero, & eum venditor tollere me jusserit, simulatque custodiam posuero, traditus mihi videtur, etiamsi corpore acervus non sit apprehensus, *l. quarundam ff. de acquir. poss.* Quarta est exemtio: qui ergo saxum de suo eximere mihi permisit, donationis causa, statim cum lapis exemtus est, habetur ut quasi traditus, & meus fit; idem quoque jus est in arbore cæsa vel ademta, *l. qui saxum ff. hoc tit.* & in arena, creta, & marmore, & similibus, *l. permisit ff. de præscript. verbis*, *l. si cum mihi ff. de dolo malo*. Quinta est ingressio, ut si consensu auctoris in possessionem emtam ingressus fuero, ea mihi tradita censetur, *l. quadam ff. de reivindicatione*, *l. non idcirco C. de contrah. emt. l. si emancipatis C. si quis alteri*, *l. minus C. de adquir. possess.* Tandem etiam nulla traditione secuta perficitur donatio, si donatam a me rem precario recepissem, aut conducto, *l. si aliquem ff. de adquir. possess.* & *d. l. quidam*: idem est in acceptilatione, & novatione, ut patet.

Ultima species fictæ traditionis est, quæ fundatur in vera traditione antecedenter facta, ut rem tibi tradidi ex causa depositi, vel mutui, mox vero eandem rem tibi vendidi, vel donavi, tunc statim sine nova traditione tibi dominium acquiritur per solam patientiam, cum patior rem perpetuo penes te esse, *l. qua ratione § interdum ff. de adquir. rer. dominio*, *l. absenti ff. de donat.* Ita etiam fundatur in obligatione antecedenti, ut si quæ mihi debes ex stipulatu, mox donem.

Has omnes fictæ traditionis species in donatione recipi ex hactenus dictis perspicuum est. Dubium solum esse potest circa fictionem brevis manus, quamvis enim recipi eam in donatione inter vivos simplici aperte constat ex *l. 2. §. cum vero*, & ex *l. qui id §. fin. ff. de donat.* sicut etiam in donationibus causa mortis, *l. idemque ff. de donat. inter virum*, & tandem in donationibus uxoriis, *l. hæc ratio §. fin. ff. cit. tit.* ubi habetur: si donaturum mihi jussero uxori meæ dare, nullius momenti donatio est; perinde enim est atque si ego acceptam, & rem meam factam uxori meæ dedissem. Ita ex sententia Juliani refert & probat Ulpianus. Nihilominus palam obstat Pomponius in *l. sed si vir §. quod legaturus ff. cit. tit.* in hæc verba: *Quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me, uxori meæ*

re

relinquere, & non videbitur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur. Quæ verba satis perspicue negant fictionem brevis manus: & licet agant de donatione uxoria, etiam ad alias omnes posse extendi nulli dubium est.

Duæ in hac re sunt Joannis antiqui glossatoris responsiones in *d. l. idemque*, quarum unam sequitur Connanus 8. *comm. cap.* 4. *num.* 8. Altera Scipio Gentilis *de donat. conjugal. lib.* 1. *cap.* 36. uterque suppresso Joannis nomine. Gentilis itaque putat, in specie Pomponii rem non esse mihi legatam, neque acquisitam; erat enim testator legaturus, sed non legavit; quare nihil mirum si dicor nihil de bonis meis delibasse, nec donasse uxori meæ; secus est in specie Ulpiani, ubi res non solum erat mihi donata, sed adquisita; & licet Ulpianus scribat mihi donaturum, perinde tamen est, ac si dixisset mihi traditurum ex donatione jam facta. Verum hæc verborum donandi, & tradendi commutatio absurda est; sed si demus Gentili ita esse, consequens erit, ut dicamus rem donatam nondum fuisse mihi adquisitam; non enim donator tradiderat, sed erat traditurus. Constat autem non potuisse mihi rem nisi per traditionem veram, seu fictam acquiri. Quomodo itaque Gentilis opinio procedere potest, dum ait rem donatam fuisse mihi quæsitam, at non traditam, si ante traditionem res aliena nobis non acquiritur?

Nos hanc controversiam cum Connano ita conficimus. Ad fictionem brevis manus opus est, ut rem jussu meo primus det tertio. Nam quod jussu meo datur pro eo est, quasi mihi datum esset, *l. quod jussu ff. de regul. jur.* & mox a primo tertio datum; hinc est, quod leges, quæ de hac fictione loquuntur, ad unam omnes (excepta *l. licet* §. 1. *ff. de jur. dot.*) jussus mei, vel meæ voluntatis, quod hic perinde est, meminerunt. Sed ut ad rem nostram veniamus, ita est in specie ab Ulpiano proposita, ubi maritus jubet donaturum dare uxori suæ; quare recte videtur res primo tradita, & ita quæsita marito, & mox ab eo causa donationis in uxorem translata; quæ uxoria donatio moribus reprobata est. Non ita accidit in specie Pomponii; ubi testator rogatur a me, uxori meæ relinquat; cum rogo nihil videor acquisivisse; nam si acquisivissem, utique juberem; hinc cum testator rogatu meo uxori meæ legat, non videtur res mihi acquisita, & a me in uxorem translata; eoque nihil ego conjugi dono, ut recte Pomponius dicebat. Regula itaque sit. Cum quid alteri jussu meo traditur, mihi prius quæsitum videtur, quod meo rogatu, non idem. Verum tamen est, esse & alteram differentiam inter speciem Ulpiani & Pomponii; nam apud Ulpianum licet ego jusserim, poteram tamen rogare, ut uxori meæ dares; & hæc donatio licite facta esset; quoniam eo casu, non ego, sed tu, qui non prohiberis, uxori meæ donasses. Non ita apud Pomponium, qui rogat, potest etiam jubere; nam si eum, qui mihi legaturus est, jubere possem uxori meæ legare, sequeretur absurdum, hoc est intelligi legatum mihi quæsitum, & mox a me uxori donatum, quod fingi non potest, cum res legata mihi acquiri non possit, nisi mortuo legante. Idem est in hereditate.

His itaque modis perficitur donatio, uno civili ut mancipatio; altero de jure gentium, ut traditio. Ceterum jam tempus sibi poscit, ut sermonem faciamus de modis, quibus nos ad donandum obligamur, qui tres omnino sunt, Stipulatio, Pactum, & Pollicitatio.

Stipulatio fuit ab antiquis usque temporibus in donatione recepta ob varias utilitates, quarum tres recenset Federicus Brummerus ad legem Cinciam. Nos etiam quartam addimus. I. Si donator donationem esset revocaturus, fortiori exceptione removeri posset; stipulatio enim causa firmandarum obligationum inventa est. II. Ut in donatione clausula doli mali, nimirum dolum malum abesse, abfuturumque apponi posset, quæque omnibus fere stipulationibus subjiciebatur, *l. doli clausula ff. de verb. oblig.* ex qua clausula illa promanabat utilitas, ut ad incertos doli casus, qui stipulatione prævideri, & nominatim comprehendi non poterant, agi posset *l. stipulationes commodissimum*, *l. ex ea parte ff. cit. tit.* III. Quia donatarius in re donata forte deceptus, si nulla stipulatio interposita est, haberet adversus donantem actionem de dolo malo intendam, *l. Aristo*, §. *fin. ff. hoc*

tit. quæ hoc incommodi habet, quod famosa sit, eoque non temere, ac nisi actione civili, vel honoraria deficiente, a Prætore decernebatur, *l. 1. §. 4. ff. de dolo malo*; sic nec contra omnes, cum ea convenire patrem, patronum, similesque personas, quibus honor, & reverentia debetur, prohibitum sit. Ceterùm cum interposita stipulatio est, tunc non de dolo actio, sed ex stipulatu intendi potest, *l. apud Celsum §. Labeo ff. de doli mali except.* Clausula enim de dolo stipulationi supposita non parit actionem de dolo, quæ datur solum in subsidium, sed ex stipulatu, *l. & eleganter §. non solum ff. de dolo malo.* Ultima utilitas est, ut donari queant res, quæ traditionem non admittunt, ut quæ futuræ sperantur, nec dum sunt in rerum natura, *l. interdum in princ. ff. de V. O. l. 3. C. hoc tit.* Ita etiam Universitas honorum, quæ veram traditionem nullo modo recipit, cum traditio fit rerum singularium, & corporalium, Universitas vero sit quid incorporeum, ut supra notatum est; nec facile posset recipere traditionem fictam, maxime si constet Universitas ex varia rerum mixtura, ut ex corporalibus, & incorporalibus, præsentibus rebus, & futuris. Sed hæc infra plenius tractabuntur.

Deinde Justinianus in *l. si quis argentum §. penult. C. hoc tit.* præter stipulationem statuit posse nos ad donandum valide obligari, etiam modis aliis, Pacto, & Pollicitatione. De utroque dicendum est.

De jure antiquo pactum nudum a donatione removebatur, neque ex eo actio dari poterat, juxta dispositionem *l. jurisgentium ff. de pactis.* Ita vero, ut si mox traditio rei in donatione promissæ sequeretur, pactum confirmabatur, atque ita intelligunt Justinianum in *d. l. si quis argentum §. si autem*, ubi dixit; olim donationes, hoc est donandi conventiones traditione fuisse confirmatas, secus nullam vim pactum habebat. Quare cum in *l. in ædibus ff. hoc tit.* asseritur donationem valere citra corporis traditionem, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam; id non intelligendum est, quasi ad donationem perficiendam jure antiquo satis fuerit pactum intervenisse; sed ita accipiemus, ad donandum non semper requiri veram traditionem, sed satis esse fictam, itaut cum paciscor ne a te ante certum tempus petam, hic pactum nudum non est, sed intelligitur concomitatum a traditione ficta, quæ est fundata in vera traditione antecedenter ibi facta; ut propterea satis sit patientia, cum scilicet patior rem penes te esse. Hæc jure antiquo. Ceterum Justinianus pacto etiam nudo donandi obligationem contrahi voluit in *d. §. si autem.*

Aliquando fit donatio monomeros, hoc est alterius tantum partis consensu, ut fit in pollicitatione, quæ est solius offerentis promissio. Quamvis enim regulariter donatio sibi non constet, nisi donatarius acceperit, *l. si vero §. si servo ff. de bon. libert.* Ita ut in illo Terentii loco: *Dos Pamphile est decem talenta: Pamphilus: accipio*, notet Donatus, nisi dixisset, accipio, dos non esset. Quare non solum opus est, ut donatarius sciat rem sibi donatam, sed etiam ut eam se accipere dicat. Nihilominus quidam casus olim ante Justiniani tempora excipiebantur: I. In donationibus publicis, quæ in Reipublicæ, & Patriæ usum, honorem, vel ornamentum fiebant; quales erant impensæ in extructionem, vel reparationem murorum, navalium, portuum, aquæductuum, templorum, aliorumque operum publicorum. In his enim pollicitatio, & pactum nudum omnino ad præstandum obligabat, *l. jam hoc jure ff. hoc tit. l. 1. & l. pactum ff. de pollicitat.* II. Cum quis donat Martyribus, Prophetis, Angelis, vel loco Pio, donatio si modo fuerit insinuata, licet monomeros facta, valet ex Constitutione Zenonis in *l. si quis donaverit C. de Sacros. Eccles.* An vero id ex jure Justinianeo productum sit; & ad omnes omnino casus pertineat, quibus per pollicitationem donatio fit, in dubium revocatur. Nos tamen dicimus Justinianum in *d. §. si autem cum seq.* non solum loqui de pacto nudo, sed etiam de pollicitatione, tum quia generatim ait, donationem valere, licet neque stipulatio interposita sit, neque traditio facta; tum etiam quia id maxime voluit locum habere in donationibus ad causas pias; quod si tantum de pacto nudo, non etiam de pollicitatione intelligeremus, jam Justinianus ibi restringit, & coarctat

jus.

jus antiquum, quo donatio pia etiam per pollicitationem valebat; cum e contrario ibi palam fit Justinianum velle jus antiquum producere; vel omnino productum confirmare; idque factum fuit exemplo ejus quod Theodosius in dote statuit, dum pro ejus exactione sola pollicitatione contentus fuit, *l. ad exactionem C. de dotis promissione*.

Verum circa Justiniani constitutionem in *d. l. si quis argentum*, una, & altera difficultas oritur. Prior est, an sit justa, & plane eam non omnino æquam esse voluit Cujacius ad Papinianum in *l. Aquilius ff. hoc tit.* Licet enim jure gentium unusquisque liberam res suas etiam citra parsimoniæ regulas donandi facultatem habeat, restrinxit tamen hanc, & juri gentium detraxit lex Cincia, ut fieri solere notatum est in *l. 6. ff. de justitia*; eo quod multi patrimonia sua inconsulte largiendo effunderent, & communi bono nocerent; quod testatur & ipse Justinianus in *§. 2. de his qui sui vel alieni juris sunt*, cum ait: *Expedit Reipublicæ, ne quis sua re male utatur*. Hinc Jurisconsulti, donare, aliquando perdere, dilapidare, interpretantur; videlicet non solum ideo, quod qui donat accipientem civiliter obligatum non habet, eoque perdit: verum etiam quia immodice, & inconsulto donans vere perdit, & notat Fridericus Brummerus ad *l. Cinciam cap. 12.* Quapropter cum Justinianus donatoribus omnes libertatis habenas laxavit, hoc optimum Jurisconsultorum antiquorum institutum avertit.

Ad hæc ex levi satis, & inefficaci ratione Justinianus inductus est ad eam constitutionem faciendam; testatur enim, donationem nudo pacto vel pollicitatione factam, ideo velle se, ut postmodum valeat, quoniam cum in arbitrio cujuscunque sit donare, oportet donatorem, vel ad hoc non prosilire, vel cum ad hoc venire properaverit, præstare id, quod semel a se donatum voluit; hæc, inquam, ratio futilis est, cum nimis probet; & ultra id, quod Justinianus proposuit; inde quippe sequeretur omne omnino pactum nudum, omnem pollicitationem pro quacumque re, & in quacunque causa factam, valere debere, siquidem semper hæc eadem Justiniani ratio locum habet; cum in arbitrio semper promissoris sit, qui vel non debebat promittere, vel si semel id fecit, stet promissis oportet, & tamen nunquam Justinianus id voluit, quæ voluisse debuit, si ejus ratio efficax, & alicujus roboris esset.

His tamen minime obstantibus, dicimus Justinianeam constitutionem æquitati maxime conformem esse, si Justiniani temporum ratio aliqua habenda est, cum donationes non ita frequentes erant, ut in ante, actis Reipublicæ Romanæ temporibus, animis hominum ad avaritiam pronis, ut patet ex *eod. §. si autem in fine*. Diversa autem tempora diversas leges exigunt, & mutatis moribus, mutantur & leges. Itaque operæ pretium visum Imperatori fuit eas donationes, quæ tunc temporis fiebant, quantopere adjuvare, ut validæ essent; eo magis quod homines legibus, quæ nonnisi traditione, vel stipulatione donationes factas comprobabant, abutebantur ad illudendos alios; largissimis namque promissis se alicui donaturos promittebant, quos cum diu hac spe lactassent, tandem decipiebant; quare stomachatus Justinianus dixit iniquum esse his artibus suum propositum defraudare, & quasi legitimis velamentis tantam indevotionem protegere, ut ipse loquitur in *d. §.* & hac de causa specialiter voluit in donatione, non item in aliis omnibus causis, pactum nudum, & pollicitationem obstringere. Ex his facile patet quid respondendum sit iis, quæ supra opposita sunt; quare hic amplius immorandum non est.

Sed non omittam stipulationis formulam, & solemnitatem interrogationis, & responsionis, non solum in donationis, sed in omnibus omnino actibus, & contractibus in usu amplius non esse, ne dum non esse necessariam; siquidem utimur his in rebus non jure civili, cujus stipulatio est, sed fere jure gentium, cui stipulatio fuit ignota. Pacta itaque, & legitimus promittentium consensus, & dilucida conventio hodie in usu sunt, sublata stipulatione; nam licet tabelliones etiam in præsens instrumentis contractuum, & pactionum, interdum stipulationis mentionem adhibeant, id tamen de more tantum est, & dicis gratia, cum re vera nulla, neque interrogatio, neque responsio præcesserit. Ita notat Conna-

nus in *lib. 1. comment. cap. 6. in fine*. Molineus, aliique apud Giphanium ad *tit. ff. de verbor. oblig. in rubr. n.* 28. *& seq.*

Altera difficultas est; an promissio de donando valeat ex nudo pacto; itaut qui donare promisit, mox conveniri possit. Verum quia hujus quæstionis sensus non ab omnibus intelligi animadvertimus, ideo notandum est dubitationem non esse, si promissio his modis contracta sit, quibus placuit jure civili obligationes efficaces oriri, puta quis Titio stipulanti se centum donaturum promisit, hic promissor non utique est solutus, sed stipulando jam obligatus intelligitur. In hoc omnes consentiunt, & verum est. Sed ad quidnam est obligatus? Communiter dicunt, ut mox obliget se, sive pacto nudo, sive stipulatione ad donandum, verbis in præsens conceptis, itaut cum in priori contractu dixerit, promitto me donaturum, in hoc posteriori dicendum sit, dono; quibus peractis ad rem tradendam urgeri potest: hoc etiam pro rato apud omnes habetur. Ceterum nos falsum esse dicimus, nam qui promittit se donaturum, hoc tantum promittit se liberaliter daturum; nam donatio non est, nisi liberalis traditio; sed Interpretum error natus est ex eo, quod ignoraverint stipulationem, in qua dico me donare, vel donaturum, non esse donationem, cum re vera non sit, nisi ad donandum, hoc est liberaliter tradendum obligatio. Ita in materia donationis, idem est si in stipulatione dicam, promitto donaturum, ac dono, nam utrum dixerim, non oritur, nisi donandi, seu tradendi obligatio; hoc quod diximus de donatione, de omnibus reliquis adquirendi modis dictum puta. Aliud tamen est in contractibus; nam si in stipulatione promittam, me tibi venditurum, non hoc ipso teneor ex vendito, cum non vendiderim, hoc est non celebraverim contractum venditionis emtionis, sed tantum obligatus intelligor ad alium contractum, in quo dicam me vendere; & ex hoc demum ex causa venditi tradere cogi possim: itaque recte dicitur aliud esse vendere, aliud pacisci se venditurum, *l. ab emtione in fin. ff. de pactis*; quod quidem ad casum donationis male traditur a Giphanio hic in *rubrica num.* 28. & ab Antonio Fabro *decad.* 44. *err.* 4. *num.* 10. cum differentia perspicua sit; quoniam enim donatio tota est in traditione, ideo qui se donaturum spondet tradere obligatur. Venditio vero tota est in contractu, eoque qui se venditurum dicit, mox non potest nisi ad contrahendum urgeri. Illud tamen non negaverim, qui promiserat se venditurum posse circuitus vitandi causa statim conveniri ex vendito, *argum. l. vendita ff. de condictione indebiti*; cum enim sit obligatus ad vendendum, parum aut nihil interest, an conveniatur ut vendat, an ut ex venditi causa tradat.

Sed in hoc nostra quæstio non versatur, solum enim illud petimus, an Justiniani constitutio, qua voluis nos valide pacto ad donandum obligari, an inquam hæc eadem ita porrigi possit, ut si promittam pacto me tibi donaturum, etiam valide obliget, an potius in hoc casu opus omnino stipulatione sit; itaut cum dico, dono, satis sit pactum; cum vero dico, promitto me tibi donaturum, opus sit stipulatione juxta jus *ff.* antiquum.

Et nos facile rem conficimus, dicendo Justinianeam constitutionem locum habere in utroque casu, seu utrovis modo dixerim, semper ex pacto teneri. Patet id evidentissime ex jam dictis, nam cum dico, dono, non obligor nisi ad tradendum liberaliter; id enim donare est, hoc est non dono in præsens, sed obligor in præsens; sed cum dico promitto me donare, eodem prorsus modo non dono in præsens, sed obligor in præsens; ergo in utroque casu Justiniani constitutio recte locum habebit. Et in hanc sententiam frequenter itum est ab Interpretibus penes Clarum in §. *donatio qu.* 14. *nu. ult.*

Verum repugnant Hugo Donellus, & Antonius Faber, quorum tamen rationes tanti non sunt, ut nos a proposita sententia abducant. Donellus itaque 3. *commentar.* 22. *ad finem*, voluit Justiniani constitutionem intelligi omnino de eo, qui pacifcitur se donare, non item si dicat se donaturum. Differentiæ rationem hanc assignat; quod cum dico dono tibi illud, vel illud, verbis in præsens conceptis, perinde habendum est quasi tradidissem; non enim aliis verbis uterer in re tradenda, quod non idem dici potest, ubi quid in futurum promittitur. Sed

Sed hæc ratio nihil urget; non enim cum donationi pactum confirmavit Justinianus, ullo modo ad traditionem respexit, vel respicere potuit, quandoquidem traditio est modus adquirendi, pactum est modus obligandi. Unde omnino male Justinianus fecisset, si de isto agens, ad illum mentis oculos convertisset; quare dicendum est, eum potius respexisse ad stipulationem, quæ modus obligandi est, non secus ac pactum, & ita plane est; sicut enim olim ad donandum solum valide quis obligari poterat stipulando, ita Imperator voluit certo juris vinculo obstringi, etiamsi paciscatur. Itaque in quantum ad hoc æque valent pactum, & stipulatio. Proinde jam facile potest hinc collectio contra Donellum fieri, nimirum quod sicut quis stipulando obligatur, tam si dicat dono, quam si promittat se donaturum; ita etiam obligetur, si alterutro ex illis modis paciscatur: nam ut dicebam, Justinianus in hoc, pacti, & stipulationis vim exæquavit.

Subdit Faber *loc. cit. a nu. 10. ad* 13. qui plures pro se tuendo rationes in medium adfert, quæ tamen partim falsæ sunt, partim ipsum oppugnant.

Nam prius argumentum totum in æquivocis est. Ait enim aliud esse donare, aliud pacisci de donando; sicut & aliud est vendere, aliud pacisci de vendendo: propterea ab uno ad aliud argumentum duci posse: itaque qui nudo pacto promisit se venditurum, hoc ipso non tenetur ex emto ad rem tradendam; sed solum urgeri potest, ut vendat, hoc est iterum contrahat: similiter cum quis promisit se donaturum, dicendum est dandam actionem donatario contra promissorem, non ad tradendum, sed ad donandum, cum non promiserit se traditurum, sed se donaturum. Atqui Constitutio Justiniani non obligat promissorem ad donandum, sed ad tradendum supposita donatione. Non igitur ad hanc causam constitutio accommodari potest.

Sed mirum est Fabrum non animadvertisse, argumentum a venditione ad donationem deduci non posse, cum & ipse docuerit donationem non esse contractum, sed quanta quanta est, totam in adquisitione consistere, cum alias planum sit venditionem esse contractum. Quomodo itaque argumentum ab adquisitione ad contractum recte unquam procedere poterit? Sic plane in casu nostro est, nam qui dixit se venditurum, verum est non posse ex emto ad traditionem urgeri; nam vendere non est tradere, sed obligatus intelligitur ad interponendum contractum, cum emptio venditio contractus sit, & ille solum ad vendendum se receperat. At non ita est in donatione, qui enim dicit se donaturum, recte ad tradendum convenietur, nam donatio, & liberalis traditio non distinguuntur: non item urgeri potest ad contrahendum, cum donatio contractus non sit: & hæc quidem jam supra monuimus, sed erant hinc inculcanda. Alterum Fabri æquivocum est in eodem argumento, cum dicit Justiniani constitutionem obligare ad tradendum præsupposita donatione; dicendum enim erat præsupposita donandi obligatione, quam contrahimus, vel sola stipulatione, ut olim, vel etiam pacto, & pollicitatione, ut hodie. At vero nunquam fieri potest, ut traditio præsupponat donationem, cum ipsa donatio traditio sit, nihil autem seipsum præsupponit. His positis, ex eodem fonte argumentum contra Fabrum deducimus. Justiniani constitutio obligat ad tradendum eum, qui donandi obligationem contraxit: sed cum quis promisit se donaturum, jam ad donandum se obligavit, uti jam constat: ergo & hic tradere ex eo pacto tenebitur.

Urget Faber: Si Justiniani constitutionem ita interpretamur, ut etiam locum habeat, cum quis se donaturum dixit, jam paulatim eo pervenire licebit, ut dicamus etiam ex sola donandi destinatione posse quem efficaciter urgeri, juxta eandem constitutionem. Nam si verum est obstringi, qui alteri pacto nudo fassus est se donaturum; cur non etiam obligari quem dicemus, cum fatetur alteri, se illi fundum donare destinasse; utroque enim casu adest nudum pactum, & neutro casu verba in præsens concipiuntur, sed futurum tempus respiciunt, & tamen hoc absurdum est; sicut enim qui destinavit aliquem heredem scribere, sive pure, sive sub conditione, non idcirco eum instituisse intelligitur, *l. quoties*, *l. tantundem ff. de heredib. instituendis*, *l. ex ea ff. qui testamenta facere*, *l. fideicom-*

missa §. 12 *ff. de legat.* 3. Ita ergo non dicetur donasse, qui solum donationem facere destinavit; eoque qui donare promisit.

Sed sponte nos Fabro damus, sola donandi destinatione actionem non oriri, & ad ipsam Justiniani constitutionem non pertinere concedimus; & tamen ex sola donandi promissione obligari credimus: neque enim quicquam commune est inter unum casum, & alterum. Quod ut perspicue pateat, notandum est, tum jure civili, tum gentium, ut obligatio nascatur, apertum, promtumque contrahentis affectum requiri, qui animum jam deliberatum, & pronum ad actum faciendum declaret; alias iniquum est eum obligatum velle, qui dubius est, nec satis deliberavit adhuc, utrum velit omnino se obligare, an non; siquidem illa animi suspensio consensum excludit, qui ad contractus necessarius est. Nec aliud hac in re interest inter jus civile, & gentium, nisi quod jus gentium præter animum hunc apertum, & jam omnino deliberatum, nihil ultra exigit, unde ei satis est pactum nudum; jure vero civili formulas etiam quasdam, variasque solemnitates adhibere necesse est, ut fieri videmus in stipulatione, ad hoc scilicet, ut eo magis, magisque firma animi deliberatio cognosci possit: nullo autem jure, ut dicebam, oritur obligatio ex voluntate non omnino determinata ad actum celebrandum. His positis, facile est cognoscere, cur ex sola destinatione, donandi actio non detur ex jure gentium, adeoque ex Justiniani constitutione, quæ pactum nudum exigens eo juri conformis est; ideo nimirum, quia qui donare solum destinavit, juris censura nunquam animum firmum, & deliberatum habet, sed ad actum illum animo suspenso processisse intelligitur. Cur ergo eum obligatum dicemus? At de jure civili alia etiam ratione non obstringitur; quia juris solemnitatibus usus non est. Non ita se res habet in eo, qui dixit, se donaturum, idque pacto nudo; tunc enim aperte suam voluntatem, & jam deliberatum animum ad se obligandum declarat. Hinc fit; quod qui destinat se donare, non paciscitur; qui promisit, jam vere pactus est, ut propterea in hoc casu locum habeat Justiniani constitutio, non item in illo.

Sequitur & aliud Fabri argumentum. Is qui collatis verbis in præteritum tempus dicit se donasse, non ob id, aut donare, aut donasse vere dicitur, benignaque interpretatione opus est, ut eo mortuo, qui sic dixit, dominium dicatur pertinere ei, cui defunctus dixerat se donasse, ut scriptum est in *l. ex hac scriptura ff. hoc tit.* Ergo multo minus donasse videri, aut probari potest is, qui tantum promisit se donaturum; neque hic benignæ interpretationi locus ullus relinquitur circa Justiniani constitutionem, quæ cum novum jus condat, & ut nostri loquuntur, exorbitans a jure communi, coarctanda potius est, quam adjuvanda interpretatione.

Sed quantopere in hoc argumento decipiatur vir doctissimus, planum, credo, fiet si dictam *l. ex hac scriptura* exponemus, quæ a nemine, quod sciam, hactenus intellecta est. Species ita se habet: Titius in quadam scriptura ita dixit: Sciant heredes mei, me vestem universam, ac res ceteras quascunque in die mortis meæ mecum habui, illi, & illi libertis meis vivum donasse. Mortuo Titio orta lis est inter libertos, qui earum rerum dominium ad se pertinere ajebant, & inter heredes, qui negabant; quæsitum est ab Ulpiano quid juris? Credunt nostri rationem dubitandi in eo esse, quia nuda testificatio etiam morientis non facit donationem, ad quam tempore Ulpiani omnino opus erat, vel traditione, vel stipulatione, quarum neutra hic facta apparebat, cum pro libertis non aliud in medium adduceretur, quam Titii testificatio. Itaque non valebat. Respondet tamen Ulpianus in hæc verba, dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere; sed ubi hæc interpretatio, & benignitas fundatur? Respondet Faber *loc. cit. num.* 12. quia sumi potest in vim donationis causa mortis, quod etiam prius dixerat Accursius in ea lege. Sed hoc nullo modo recipiendum est; cum enim ad donationem mortis causa, inter cetera, duo exigantur, ut in ea mortis mentio fiat, *l. Seja §. ult. ff. de mortis causa*, & donatarii consensus, *l. inter mortis ff. cit. tit.* ex benigna interpretatione, alterutra ex his solemnitatibus posset remitti, non utraque; alias totum jus subverteretur, cum

cum tamen neutram intervenisse pateat. Præterquamquod nec adhuc discernere possum, cur hic ea donatio benigna interpretatione juvanda sit; & non potius in ea stricto jure procedatur; siquidem æquitas non pro arbitrio interponitur, sed ex justa aliqua ratione, cum per eam jus scriptum subvertatur. At vero Nicolaus Valla *de rebus dubiis cap. de donat. pag.* 35. ait pertinere dominium ad libertos non jure donationis, sed jure fideicommissi, aut legati, *argum. l. si donatio C. hoc tit.* Sed fallitur, quia hæc interpretatio tunc solum locum habere posset, cum ea donatio facta esset in testamento, vel codicillis; non enim in alia scriptura legatum, fideicommissumque ordinari potest, quod non est in casu nostro; nam Ulpianus scripturam in genere dicit, aperte demonstrans hoc quod ipse ait, recipiendum esse, tam si ita dictum fuerit in ultimis voluntatibus, quam inter vivos. Quare non obstat textus in *d. l. si donatio C. hoc tit.* quoniam in ea quis testando fassus erat se donasse, eoque fideicommissi vim contineri in verbis illis. Benigne interpretatus est Imperator, ut ibi patet. Demum Giphanius in nostra *l. ex hac scriptura* valde animi pendet, nec facile videt, quid dicendum sit, licet tandem & ipse inclinet verba sustineri in vim fideicommissi, propterea ipsi idem, quod Vallæ, objicimus; quid ergo dicendum putamus, ut nodus hic dissolvi possit? Nos præ omnibus admonemus vestes, & ceteras res Titii traditas ab ipso vivo fuisse libertis, quod nullus adhuc animadvertit, & tamen aperte patet ex eodem Ulpiano, cum dicit dominium ad libertos pertinere; traditionem enim dominium transferri, & pertinere dicitur: quod si res libertis jam traditæ non essent, utique Ulpianus dixisset actionem ad libertos pertinere, non vero dominium. Sed statim quis objicere potest: Si res erant libertis traditæ, & Titius in scriptura quadam dixit se ea donasse: ergo jam stricto jure donatio, & dominium erat libertorum; nec ad benignam interpretationem recurrere oportebat; siquidem jam supra monuimus, cum traditio rei intercedit, tunc juris rigore perfectam esse donationem, quæ scriptura quavis solebat comitari, non ad hoc ut ea donatio vim acciperet, sed solum ad rei testificationem, ut patet ex *l. Aquilius*. Nihilominus respondemus, in nostra specie difficultatem omnem pendere a verbis, quibus Titius scripturam conceperat, dixerat enim: Sciant heredes mei me quascunque res die mortis meæ mecum habui, libertis meis donasse. Hæc verba inepte concepta sunt; videntur enim prolata a Titio, postquam e vivis esse desiit, tanquam si eam scripturam ab inferis ad heredes misisset; ita enim sonant verba illa, quas habui tempore mortis, quæ demonstrant Titii mortem jam præteriisse cum hæc scripsit; quia ergo verba erant inepta, & absurdum intellectum constituebant, ideo heredes ejus scripturæ nullam rationem habendam esse contendebant. Hæc erat difficultas, & non illa, quam Interpretes ceteri comminiscuntur. Itum itaque est ad Ulpianum, qui respondit dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere; hoc est licet secundum strictam juris rationem verba hæc Titii nihil libertis suffragari deberent, cum absurdum sensum constituant; quoniam tamen æquitas poscit, ut non tam verba, quam mentem dicentis inspiciamus; ideo ita interpretari debet Titius, ac si dixisset; sciant heredes mei, me res quascunque mecum habebam, cum mortifero hoc morbo corriperer, & ex quo moriturus sum, eas omnes libertis meis vivum donasse. Itaque cum liberti jam ea bona habuerint a Titio ægroto, recte ait Jurisconsultus dominium ad eos pertinere. Hæc quicunque attente considerabit, ita se habere facile deprehendet. Quare non fuit opus benigna interpretatione, ut Faber in argumento proposito putabat, quia verba in præteritum, & non in præsens erant concepta: quod adhuc etiam hinc fit manifestum, quia cum quis dicit se donasse, vel facta traditio est, & donatio jam est per eam traditionem perfecta, nec verba deserviunt, nisi ad donationis testificationem, & proinde si vera donatio jam præcessit, vera etiam est testificatio illius, qui dicit se donasse; hinc eo casu nulla difficultas potest oriri ex verbis in præteritum conceptis, immo orirentur si essent in præsens concepta, cum donatio non in præsens fiat, sed jam facta sit. Vel si non est facta.

facta rei traditio, & scriptura tempore Ulpiani, quibuscumque verbis concepta nullius momenti erat, cum opus fuisset vel traditione, vel stipulatione.

Opponit tandem Faber illud, quod vulgo dici solet, nil actum videri, quamdiu aliquid superest agendum, *l. penult. C. de his quibus ut indignis*, & ita fane in casu nostro esse dicit; quomodo enim potest videri omnia jam egisse is, qui nudo tantum pacto promisit se donaturum? Sed ex dictis in prono responsio est, eum qui dixit se donaturum, omnia quidem egisse, nec ei quidquam agendum superesse inquantum ad contrahendam obligationem donandi, & hoc satis est, ut omnia egisse videatur; siquidem regula illa *d. l. penult.* non intelligenda est: ut nihil agat, qui rem omnino, & omni ex parte non impleat, etiamsi rei implementum constat ex actibus omnino diversis; hoc enim falsum est: sed ita ut nihil desit ad eum actum, quem in præsens implere intelligit. Exemplo res clara fiet: qui stipulando dixit se donare, hic in quantum ad contrahendam donandi obligationem jure civili, jam quidquid opus erat implevit, licet non omnino donationem perfecerit, quæ requirit translationem dominii per traditionem rei donatæ, & est actus omnino diversus a priori, nimirum ab obligatione. Nec per hoc contra ipsum potest objici nihil egisse, quia etiam aliud agendum superest. Ita prorsus in casu nostro, qui dixit se donaturum pacto nudo in quantum ad contrahendam obligationem jam omnia implevit, etiamsi in quantum ad traditionem nihil adhuc fecisset. Non itaque nos movet hoc Fabri argumentum, ubi etiam denuo admonemus omnes pene Fabri errores in hac controversia, & captiones pendere ex eo, quod non viderit, quid distet inter obligationem donandi, & donationem.

Cum hactenus in hoc capitulo demonstratum sit, donationem non posse inter contractus recenseri, apparet frustra quæri ab Interpretibus, an ea sit stricti juris, an bonæ fidei; in qua quæstione Ugolinus antiquus Glossator distinguebat, olim fuisse stricti juris, hodie vero bonæ fidei esse. Verum hunc reprehendit Bartolus in *d. l. in ædibus §. 1. ff. hoc tit.* qui semper fuisse stricti juris asseverat; frustra inquam id quæritur, cum solum contractus distinguantur in bonæ fidei, & stricti juris; donatio vero nullo modo contractus sit. Verumtamen est, si donandi obligatio stipulando fuerit contracta, prodi inde actionem stricti juris, non ratione donationis, sed stipulationis interpositæ; quoniam hæc omnino stricti juris est, & ita colligitur ex *l. eum qui ff. hoc tit.* Verum si donatio interponatur nudo pacto absque stipulatione, petes an actio, quæ inde proditur, stricti juris sit, an vero bonæ fidei? & dicimus esse stricti juris; licet enim pacta servari æquitatis naturalis sit, *l. 1. ff. de pactis*; tamen actio, quæ inde nascitur, a iure civili est, nimirum a constitutione Justinianea, & proinde stricti juris est: ut etiam patet ex contractu emphyteutico, qui licet nudo consensu contrahatur, quoniam tamen vim habet a jure civili per Zenonem Imperatorem, ut in *l. 2. C. de jure emphyteutico*, ideo actio, quæ inde descendit, stricti juris est, sed non computetur inter actiones bonæ fidei, quas omnes deduxit Justinianus in *§. actionum Institut. de actionibus*, ubi nec etiam recensetur actio, quæ pro re donata consequenda competit. In eundem errorem incidunt, qui quærunt, an dotis contractus sit stricti juris, vel bonæ fidei, cum dos omnino contractus non sit, sed interponatur vel traditione, vel stipulatione: illo casu uxori olim repetenti dotem prodita erat bonæ fidei, quæ rei uxoriæ dicebatur, isto dabatur actio ex stipulatu, quæ stricti juris erat; hodie vero ubique uxor actione de stipulatu agit, quæ ex privilegio bonæ fidei esse censetur, ut in *l. 1. C. de rei uxor. act.* Ista hic breviter de dote notasse operæ pretium erat.

Superest, ut aliam hic quæstionem discutiamus, an scilicet ad donationem perficiendam aliquando scriptura necessaria sit? Et si donatio fiet per traditionem, scripto non est opus: quare si mox super ejus rei possessione lis mota fuerit, satis erit si donationem per testes probemus, ut patet ex Diocletiano in *l. 12. C. de fide instrumentorum*; quod etiam ratione firmatur, quoniam traditio actum omnino perficit, eoque nihil amplius ad eius complementum exigi potest. Si vero donatio per stipulatio-

onem interponatur, neque etiam scripto indiget, ut constat ex Theodosio Juniore, qui generatim statuit donationem etiam in ignotos collatam sine scripto vim suam habere, *l. 29. C. hoc tit.* quod postea firmatum est a Zenone in *l. 31. C. eod.* & recte, cum stipulatio per deficientiam scripturæ nunquam fiat inutilis, ut patet ex *tit. de inutilibus stipulat.* Verum obstare videtur Constantinus Magnus, qui ante Theodosium, & Zenonem floruit, dum scripturam in donationibus adhibendam indicat in *l. 25. C. eod.* Sunt tamen qui respondent, hanc Constantini legem correctam a Theodosio fuisse, & mox a Zenone, ita plane Cujacius 20. *observ.* 4. Dionysius Gothofredus ad *d. l. 29.* & Jacobus Gothofredus ad *d. l. 1. C. Theodos. de donat.* Verum communis Interpretum opinio est, ad donationem perficiendam nullo prorsus tempore scripturam exactam fuisse, quod quidem est ex mente Triboniani, qui tum Constantini, tum Theodosii, & Zenonis leges in Codicem Justinianeum retulit, quod utique non fecisset, si leges illæ se invicem corrigerent: & plane Constantinus in *d. l. 25. §. in conscribendis*, solum declarat solemnitates, & observationes, quæ in conscribendis donationibus requiruntur, si forte quis eas in scriptis potius, quam sine scriptis mallet conficere, non item sancit donationem omnino in scripturam esse redigendam, quæ interpretatio ad tollendam antinomiam recipienda est, licet Jacobus Gothofredus eam respuat propter præcisa, ut ipse ait, Constantini verba, qui scripturam in donationibus pro forma deposcere videtur.

Sed quid juris est, si donatio pacto interponatur? Et Scipio Gentilis ait, donationem nudo consensu factam robur nullum habere, nisi Scripturam, & Chirographum donatoris accesserit. Ita in *lib. 3. de donat. inter virum cap.* 18. Probat id primo ex *nov.* 162. *cap.* 1. ubi Justinianus respiciens ad suam *l. si quis argentum §. penult.* ita loquitur. Nos autem & constitutionem nostram revocavimus in memoriam, quæ dicit donatorem, licet traditio ab eo stipulata non fuerit, necesse tamen habere, ut donatam rem tradat; neque enim per imposturam, & ut in nudis consistant litteris, quæ geruntur, instrumenta confici conveniens est, ut etiam legitur in *Basilicis lib. 47. tit. 1. l. 78.* Quibus verbis apparet tria ab Justiniano asseri, primo donationem stipulatione interpositam validam etiam jure antiquo fuisse, adeout inde donator ad traditionem cogi potuerit. Secundo olim donationem pacto gestam vim non habuisse, etsi superea re instrumentum fuisset interpositum, quod erat vanum, & ut Imperator loquitur, nudæ litteræ. Tertio tandem Justinianum statuisse in sua constitutione *d. l. si quis argentum*, hoc instrumentum & litteras has amplius vanas, & nudas non esse, sed qui ita pacto donavit, instituta actione condictitia posse ad traditionem adstringi. Constat hinc Justinianum ad validitatem donationis, quæ pacto initur, exegisse scripturam, vel Chirographum donatoris. Idque summa ratione, ne ex quovis temere prolato verbo, & levi ostentatione, quis ad donationem obligaretur. Porro hæc *nov.* 162. cum aliis, quæ in decimam collationem conjecit Antonius Contius, olim neglecta fuit ab Interpretibus, ut patet ex Accursii Glossis, quæ non usque eo pertinent, sed desinunt in nona collatione; tamen a diligentibus antiquis etiam asservabantur. Quare Jacobus de Bellovisu, qui commentarios ad novellas scripsit, testatur se eas omnes extravagantes novellas (sic enim appellat) ad finem lecturæ suæ adscribi jussisse. Quidquid tamen sit, certo constat, cum sint a Justiniano conscriptæ, vim legis, vel maximam saltem auctoritatem habere, quod eo potissimum dicendum est in casu nostro, quia Justinianus in *novella* 162. se refert ad *l. si quis argentum*, quæ extat in nostro Codice.

Hæc Gentilis, sed contra ipsum scripsit Schipherdegherus *lib. 1. ad Fabrum tract.* 11. *qu.* 7. qui tamen Gentilis opinionem non omnino recte intellexit, dum putat illum ad omnem quamcunque donationem scripturam exigere, cum clare vir ille solum de donationibus nudo consensu initis sermonem habeat, dicatque donationes traditione, vel stipulatione factas ad sui perfectionem scripturam non requirere. Nec insuper quidquam in medium adfert, quo Gentilis rationes subvertere possit, cum enim dicit

facta rei traditio, & scriptura tempore Ulpiani, quibuscumque verbis concepta nullius momenti erat, cum opus fuisset vel traditione, vel stipulatione.

Opponit tandem Faber illud, quod vulgo dici solet, nil actum videri, quamdiu aliquid superest agendum, *l. penult. C. de his quibus ut indignis*, & ita sane in casu nostro esse dicit; quomodo enim potest videri omnia jam egisse is, qui nudo tantum pacto promisit se donaturum? Sed ex dictis in prono responsio est, eum qui dixit se donaturum, omnia quidem egisse, nec ei quidquam agendum superesse inquantum ad contrahendam obligationem donandi, & hoc satis est, ut omnia egisse videatur; siquidem regula illa *d. l. penult.* non intelligenda est: ut nihil agat, qui rem omnino, & omni ex parte non impleat, etiamsi rei implementum constat ex actibus omnino diversis; hoc enim falsum est: sed ita ut nihil desit ad eum actum, quem in præsens implere intelligit. Exemplo res clara fiet: qui stipulando dixit se donare, hic in quantum ad contrahendam donandi obligationem jure civili, jam quidquid opus erat implevit, licet non omnino donationem perfecerit, quæ requirit translationem dominii per traditionem rei donatæ, & est actus omnino diversus a priori, nimirum ab obligatione. Nec per hoc contra ipsum potest objici nihil egisse, quia etiam aliud agendum superest. Ita prorsus in casu nostro, qui dixit se donaturum pacto nudo in quantum ad contrahendam obligationem jam omnia implevit, etiamsi in quantum ad traditionem nihil adhuc fecisset. Non itaque nos movet hoc Fabri argumentum, ubi etiam denuo admonemus omnes pene Fabri errores in hac controversia, & captiones pendere ex eo, quod non viderit, quid distet inter obligationem donandi, & donationem.

Cum hactenus in hoc capitulo demonstratum sit, donationem non posse inter contractus recenseri, apparet frustra quæri ab Interpretibus, an ea sit stricti juris, an bonæ fidei; in qua quæstione Ugolinus antiquus Glossator distinguebat, olim fuisse stricti juris, hodie vero bonæ fidei esse. Verum hunc reprehendit Bartolus in *d. l. in ædibus §. 1. ff. hoc tit.* qui semper fuisse stricti juris asseverat; frustra inquam id quæritur, cum solum contractus distinguantur in bonæ fidei, & stricti juris; donatio vero nullo modo contractus sit. Verum tamen est, si donandi obligatio stipulando fuerit contracta, prodi inde actionem stricti juris, non ratione donationis, sed stipulationis interpositæ; quoniam hæc omnino stricti juris est, & ita colligitur ex *l. cum qui ff. hoc tit.* Verum si donatio interponatur nudo pacto absque stipulatione, petes an actio, quæ inde proditur, stricti juris sit, an vero bonæ fidei? & dicimus esse stricti juris; licet enim pacta servari æquitatis naturalis sit, *l. 1. ff. de pactis*; tamen actio, quæ inde nascitur, a iure civili est, nimirum a constitutione Justinianea, & proinde stricti juris est: ut etiam patet ex contractu emphyteutico, qui licet nudo consensu contrahatur, quoniam tamen vim habet a jure civili per Zenonem Imperatorem, ut in *l. 2. C. de jure emphyteutico*, ideo actio, quæ inde descendit, stricti juris est, sed non computetur inter actiones bonæ fidei, quas omnes deduxit Justinianus in *§. actionum Institut. de actionibus*, ubi nec etiam recensetur actio, quæ pro re donata consequenda competit. In eundem errorem incidunt, qui quærunt, an dotis contractus sit stricti juris, vel bonæ fidei, cum dos omnino contractus non sit, sed interponatur vel traditione, vel stipulatione: illo casu uxori olim repetenti dotem prodita erat bonæ fidei, quæ rei uxoriæ dicebatur, isto dabatur actio ex stipulatu, quæ stricti juris erat; hodie vero ubique uxor actione de stipulatu agit, quæ ex privilegio bonæ fidei esse censetur, ut in *l. 1. C. de rei uxor. act.* Ista hic breviter de dote notasse operæ pretium erat.

Superest, ut aliam hic quæstionem discutiamus, an scilicet ad donationem perficiendam aliquando scriptura necessaria sit? Et si donatio fiet per traditionem, scripto non est opus: quare si mox super ejus rei possessione lis mota fuerit, satis erit si donationem per testes probemus, ut patet ex Diocletiano in *l. 12. C. de fide instrumentorum*; quod etiam ratione firmatur, quoniam traditio actum omnino perficit, eoque nihil amplius ad ejus complementum exigi potest. Si vero donatio per stipulatio-

tionem interponatur, neque etiam scripto indiget, ut constat ex Theodosio Juniore, qui generatim statuit donationem etiam in ignotos collatam sine scripto vim suam habere, *l. 29. C. hoc tit.* quod postea firmatum est a Zenone in *l. 31. C. eod.* & recte, cum stipulatio per deficientiam scripturæ nunquam fiat inutilis, ut patet ex *tit. de inutilibus stipulat.* Verum obstare videtur Constantinus Magnus, qui ante Theodosium, & Zenonem floruit, dum scripturam in donationibus adhibendam indicat in *l. 25. C. eod.* Sunt tamen qui respondent, hanc Constantini legem correctam a Theodosio fuisse, & mox a Zenone, ita plane Cujacius 20. *observ.* 4. Dionysius Gothofredus ad *d. l. 29.* & Jacobus Gothofredus ad *d. l. 1. C. Theodos. de donat.* Verum communis Interpretum opinio est, ad donationem perficiendam nullo prorsus tempore scripturam exactam fuisse, quod quidem est ex mente Triboniani, qui tum Constantini, tum Theodosii, & Zenonis leges in Codicem Justinianeum retulit, quod utique non fecisset, si leges illæ se invicem corrigerent: & plane Constantinus in *d. l. 25. §. in conscribendis*, solum declarat solemnitates, & observationes, quæ in conscribendis donationibus requiruntur, si forte quis eas in scriptis potius, quam sine scriptis mallet conficere, non item sancit donationem omnino in scripturam esse redigendam, quæ interpretatio ad tollendam antinomiam recipienda est, licet Jacobus Gothofredus eam respuat propter præcisa, ut ipse ait, Constantini verba, qui scripturam in donationibus pro forma deposcere videtur.

Sed quid juris est, si donatio pacto interponatur? Et Scipio Gentilis ait, donationem nudo consensu factam robur nullum habere, nisi Scripturam, & Chirographum donatoris accesserit. Ita in *lib. 3. de donat. inter virum cap.* 18. Probat id primo ex *nov.* 162. *cap.* 1. ubi Justinianus respiciens ad suam *l. si quis argentum §. penult.* ita loquitur. Nos autem & constitutionem nostram revocavimus in memoriam, quæ dicit donatorem, licet traditio ab eo stipulata non fuerit, necesse tamen habere, ut donatam rem tradat; neque enim per imposturam, & ut in nudis consistant litteris, quæ geruntur, instrumenta confici conveniens est, ut etiam legitur in *Basilicis lib. 47. tit. 1. l. 78.* Quibus verbis apparet tria ab Justiniano asseri, primo donationem stipulatione interpositam validam etiam jure antiquo fuisse, adeout inde donator ad traditionem cogi potuerit. Secundo olim donationem pacto gestam vim non habuisse, etsi super ea re instrumentum fuisset interpositum, quod erat vanum, & ut Imperator loquitur, nudæ litteræ. Tertio tandem Justinianum statuisse in sua constitutione *d. l. si quis argentum*, hoc instrumentum & litteras has amplius vanas, & nudas non esse, sed qui ita pacto donavit, instituta actione condictitia posse ad traditionem adstringi. Constat hinc Justinianum ad validitatem donationis, quæ pacto initur, exegisse scripturam, vel Chirographum donatoris. Idque summa ratione, ne ex quovis temere prolato verbo, & levi ostentatione, quis ad donationem obligaretur. Porro hæc *nov.* 162. cum aliis, quæ in decimam collationem conjecit Antonius Contius, olim neglecta fuit ab Interpretibus, ut patet ex Accursii Glossis, quæ non usque eo pertinent, sed desinunt in nona collatione; tamen a diligentibus antiquis etiam asservabantur. Quare Jacobus de Belloviso, qui commentarios ad novellas scripsit, testatur se eas omnes extravagantes novellas (sic enim appellat) ad finem lecturæ suæ adscribi jussisse. Quidquid tamen sit, certo constat, cum sint a Justiniano conscriptæ, vim legis, vel maximam saltem auctoritatem habere; quod eo potissimum dicendum est in casu nostro, quia Justinianus in *novella* 162. se refert ad *l. si quis argentum*, quæ extat in nostro Codice.

Hæc Gentilis, sed contra ipsum scripsit Schipherdegherus *lib. 1. ad Fabrum tract. 11. qu. 7.* qui tamen Gentilis opinionem non omnino recte intellexit, dum putat illum ad omnem quamcunque donationem scripturam exigere, cum clare vir ille solum de donationibus nudo consensu initis sermonem habeat, dicatque donationes traditione, vel stipulatione factas ad sui perfectionem scripturam non requirere. Nec insuper quidquam in medium adfert, quo Gentilis rationes subvertere possit, cum enim

dicit in novella Justinianea instrumenti, & litterarum mentionem fieri, non quod ipsæ donationi sint necessariæ, sed quod eo casu fuerint interpositæ, hoc falsum est, quoniam evidenter apparet citata Justiniani verba generalia esse, neque ad ullam se speciem propositam adstringi. Cum vero subdit nudo pacto contrahi obligationem, modo serius donandi animus appareat, eoque scripturam non exigi etiam falsum dicit, cum de hoc serio donandi animo nunquam Justinianus meminerit, cum tamen e diverso literarum mentionem fecerit.

C A P. IV.

De Personis, quæ donant, quæque donationem accipiunt.

SÆpe in Jure nostro contingit, ut domini habeant quidem jus libere disponendi de rebus suis, sed exercitium disponendi non habeant; & hoc vel absolute eis a lege denegatur, itaut in nullam omnino personam quicquam conferre valeant, ut in materia donationis est de eo, qui delictum capitale contraxit, vel solum respectu ad certas aliquas personas; ita inter patrem, & filiumfamilias, virum, & uxorem, militem, & focariam prohibita est a lege donatio. De his ordine agemus.

Donatio patria, seu quæ a patre in filiumfamilias confertur, invalida est, *l. 1. §. si pater filio ff. pro donato, l. donationes. §. pater ff. hoc tit. l. 2. ff. de inoff. donat. l. si donatione C. de collat. l. sive emancipatis C. hoc tit.* Hujus rei rationem invenire difficile visum est Fabro *lib. 7. conjectur. cap. 11. num. 6.* Nobis communis ratio placet; dicimus enim illud certum esse huic donationi, quin valeat, impedimento esse jus patrium, *d. l. sive emancipatis §. sane.* Dubium solum esse potest, ex quonam patriæ potestatis effectu, hoc impedimentum descendat; quod ut resolvatur, sciendum est, patriæ potestatis olim tres omnino fuisse effectus, ut pater jus haberet in vitam, in bona, & in voluntatem filii; ex quibus, reliqui omnes innumeri patrii juris effectus promanant, ut alibi a nobis explicatum est. Ex quonam igitur horum nullitas hujus donationis dependeat, videndum est; & certe cum non sit ex jure in vitam, neque in voluntatem, uti constat, superest, ut sit ex jure in bona, & fortunas; jus autem hoc in eo consistit, ut omnia filiusfamilias, exceptis Castrensibus, patri acquirat, adeout nec momento apud filium hæsisse censeatur, id quod quæritur, *l. 1. §. 1. ff. si quis a parente, l. placet ff. de adquir. hered.* Hoc jus licet hodie restrictum sit in quantum ad adventitia, manet tamen integrum, & inconcussum respectu ad profectitia bona, *l. ult. C. de bon. matern.* Hac ergo de causa, cum pater donat filiofamilias, donatum in patrem statim regreditur, ut propterea frustra donatio facta sit, tanquam si sibi ipsi quis donaret, Accursius ad *d. l. 2. verb. in potestate C. de inoff. donat.*

Hæc ratio admodum displicuit Fabro *loc. cit.* propterea quod falsum esse putat filiumfamilias omnia patri, & sibi nihil adquirere; nam etiam jure veteri adquisitionis capax filiusfamilias fuit, volente tamen patre; quod probat ex *l. cogi §. si pater filio ff. ad Trebell.* At quid apertius est, quam velle patrem adquiri filio, quod ipse filio donat? Non ergo patria donatio ex hoc capite non valet, sed ex alio nimirum, quia donatio valere nulla potest, quin obligatio inter donantem, & donatarium contrahatur, & quidem civilis, ut ex causa donationis conveniri donator possit ad præstandum id, quod stipulanti donatori promiserit, vel ut donatæ rei, & traditæ dominium translatum irrevocabiliter censeatur; at inter patrem, & filiumfamilias contrahi obligatio civilis non potest ob jus patriæ potestatis, *l. Imperator ff. ad Trebell.*

Verum neque communis rationis impugnatio, nec ratio a Fabro tradita ullius momenti est. Singula discutiamus. Cum itaque ex *d. l. cogi §. si pater*, putat manifestum esse filiumfamilias aliquando volente patre potuisse adquirere, id omnino falsum est: verba illius legis sunt: *Si pater filio, quem in potestate habet, restituere rogatur hereditatem, an filius patrem suum, si suspectam dicat hereditatem, cogere possit? Et non est dubium patrem a filio per Prætorem cogi posse;* hactenus Jurisconsultus, ubi videmus patrem hic restituere ex Tre-bel-

belliano filiofamilias hereditatem; sed si quæras cuinam filiusfamilias hoc fideicommissum adquirat? Respondet Faber, licet hac de re nulla in ea lege mentio fiat, patere tamen filiumfamilias illud sibi adquirere; nam si utique non sibi, sed patri quæreret, consequens esset patrem gravari a filio, fierique obnoxium contra suam voluntatem creditoribus hereditariis, quod est absurdum, DD. in *l. si quis mihi §. jussum de adquir. heredit.* Nos tamen in contrariam sententiam imus, & dicendum putamus, fideicommissum hic restitui quidem filiofamilias, sed patri acquiri ex regula, quod filius ei quærat, sub cujus potestatione est, nec patri inde onus ullum imponitur; quandoquidem cum heres, qui adire renuit hereditatem suspectam, cogitur ad id ex Trebellejano, solidum fideicommissario restituit; cujus per consequens erunt omnia onera, & lucra, *§. si quis unia*, & *§. sed quia stipulationes, de fideicommissariis hereditatibus*; eoque in nostra specie omnia hereditatis onera una cum fideicommisso transeunt in filiumfamilias, itemque fideicommissarium; at vero bona fideicommissi, quia manere penes filium non possunt, regrediuntur ad patrem, qui poterit quidem conveniri a creditoribus hereditariis, sed non ex persona sua, ut heres, quoniam solidum restituit, sed ex persona filii, qui solidum ex Trebelliano accepit; ceterum cum pater ex filii persona convenitur, nihil damni sentit, cum non teneatur nisi quatenus in peculio filii est, hoc est quatenus in fideicommisso extat, siquidem quod in rem patris versum est, id in filiifamilias peculio esse dicitur, *l. 1. §. ult. ff. de in rem verso*. Falsum ergo filiumfamilias ex jure veteri unquam potuisse sibi quicquam adquirere, nisi bona castrensia. Cetera vero omnia patris erant, ut propterea recte procedat communis ratio, ideo patremfamilias filiofamilias donare non posse, quia res donata ad patrem regrederetur.

Quod attinet ad rationem, quam Faber adducit, ex pluribus modis peccat. Primo enim licet verum sit ex donatione per stipulationem interposita nasci obligationem tradendi rem promissam; negamus tamen ullam nasci obligationem, vel actionem ex ea donatione, quæ traditione perficitur, ut supra probatum est, & patet ex *l. Aristo ff. hoc tit.* & concedit, imo probat Faber ipse sibi contrarius in *decad. 45. err. 7. num. 5.* II. Peccat ex eo, quod hæc Fabri ratio eodem recurrit, ac ratio communis; nam ut recte monuit Joannes Corasius in *l. frater a fratre ff. de condict. indebiti*, & *lib. 4. miscellan. cap. 3.* ideo filiusfamilias non obligatur patri, quod ea, quæ adquirit, non sibi sed patri quærit. Unde factum est, ut si filiusfamilias peculium castrense habeat, valide patri obligetur, *l. adoptivi ff. de in jus vocando*, *l. lis nulla ff. de judiciis*, quod hodie locum etiam habet in adventitiis, & notat etiam Accursius in *d. l. frater a fratre*.

Verum est I. notandum donationem hanc patriam dici, & esse nullam, adeout nec etiam post patris mortem filius rem donatam capere usu possit, ut expresse habetur in *l. 1. §. si pater filio ff. pro donato*; quare etiamsi patria donatio legibus nominatim prohibita non esset, adhuc pater nullo modo filiofamilias donare posset, nam etiam nulla stante prohibitione, per filium sibi ipsi adquireret, eoque actus nullus esset; hinc non tam dicenda est donatio prohibita, quam nulla, & nullos producit juris effectus.

II. Notandum, si pater filio, quem habet in potestate, aliquid donavit, & tradidit, nec emancipando ademit, videtur, ex post facto aliam donationem novam facere, quæ valida erit, utpote collatam in filium emancipatum, *l. sive emancipatis C. eodem*. Verum tamen est eo casu donationem patriam dici a Papiniano perfici, *l. donationes §. pater ff. hoc tit.* ratam haberi a Pomponio in *l. si pater ff. pro donato*, convalescere a Paulo *5. sentent. 11. §. pater*, & tandem confirmari ab Imperatoribus, quæ dicendi formulæ non ita proprie, uti sonant, accipiendæ sunt, quandoquidem si donatio hæc, ut diximus, nulla est, dici non potest eam confirmari, nam id confirmatur, quod aliquo modo est, non item quod non est, cum non entis nullæ sunt passiones, *l. ult. ff. de condict. indebiti*. Ita etiam dici non potest perfici, ratam haberi, & convalescere. Itaque recte monet Donellus *lib. 9. comment. cap. 5.* hanc do-

nationem diei confirmari, habito respectu ad affectum patris, qui eam animo inchoavit; at vero non perfecit jure refragante. Quod si vere loqui velimus, non tam prior donatio hac via perficitur & confirmatur, quam nova constituitur. Sed rem totam clarius exponam; quoties pater quidquam filiofamilias donat, & tradit, nec mox emancipando ei peculium adimit, in quo peculio etiam res donata est, tunc jure nova donatio fit, quia prior nulla fuit, & dum patitur eam rem esse penes filium mancipatum, videtur iterum quasi tradere ex causa donationis; nihil enim interest, utrum quis nunc primum ex justa causa rem transferat, an vero cum forte apud eum esset, patiatur apud eundem ex eadem causa manere, *l. qua ratione §. interdum ff. de adquir. rer. dominio*, *l. restituta ff. ad Trebell.* Ita etiam est in donatione conjugali, quæ nulla est, ut patet ex *l. hæc ratio §. etsi stipulanti ff. de donationibus inter virum*, in hæc verba: *Ipso enim jure, quæ inter virum & uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.* Et nihilominus eam donationem dicitur confirmari ex oratione D. Severi, ut passim in eo *tit. ff.*

III. Notandum est, communiter persuasum esse donationem in filiumfamilias a patre collatam confirmari, seu perfici patris morte, qui in eadem voluntate duraverit; qua tamen in re, magna ambiguitas est. Certe olim donatio profectitia non confirmabatur sola patris morte, *l. 1. §. 1. ff. pro donato*, *l. 2. §. ult. ff. pro herede*, in quibus juribus filius nec etiam post patris mortem, ullo modo rem donatam usucapere potest, nec pro donato, nec pro herede, quia nulla donatio fuit: requirebatur ergo ad confirmationem non solum patris mors, sed etiam extremum ipsius judicium, hoc est, ut patet eam donationem testamento ratam habuerit, *l. penult. ff. de collat. dotis*, atque ita accipiendus est Paulus 5. *sentent.* 11. *§. pater*, ubi habet: *Pater si filiofamilias aliquid donaverit, & in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit*, quod Cujacius ibidem recte intelligit de voluntate in morte expressa, non item de tacita. Hoc quod dicimus, patet etiam in *l. 2. C. Gregor. tit. famil. erciscunda*, sicut etiam apertissime deciditur ex Diocletiano, & Valeriano in *l. si pater C. de inoff. donat.* Quod si pater id non fecisset, non prohibebantur tamen ipsius heredes eam ratam habere, *l. 4. ff. pro donato*, *l. 4. §. 1. ff. pro suo*.

His tamen omnibus obstare videtur Justinianus in *l. donationes 25. C. de donat. quæ inter virum*, ubi statuit donationes patrias, & conjugales silentio donatoris firmas fieri; quid igitur dicendum erit?

Communis opinio est a Justiniano corrigi leges antiquas; sed hoc jure dici non potest. I. Quia si Justinianus ea lege jus antiquum correctum voluisset, utique non retulisset in suum Codicem citata legem Diocletiani & Valeriani, in qua aperte habetur donationes patrias sola patris morte non firmari. II. Leges citatas Jurisconsultorum in Pandectis non apposuisset; nam *d. l. 25.* lata est ab Justiniano anno Imperii sui secundo, & Christi 528. hoc est multo ante, quam de pandectis concinnandis cogitaret, quas scilicet componi mandavit anno Imperii sui quarto mense Decembris, edidit que anno septimo mense itidem Decembris. Si itaque Justinianus ea *lege* 25. leges Jurisconsultorum correxisset, certe eas postea, uti dicebam, in Pandectas non retulisset. Scio Balduinum *lib. 1. de jur. nov. chart. 64. & seq.* putare id oblivione Triboniani factum esse, sed hoc non facile admiserim.

Dicimus itaque cum Donello nullum in hac re novum jus *l. 25.* ab Justiniano statui, sed solum dici donationes, quæ non consistunt, & silentio firmantur, ita firmari, &c. ubi aperte patet eam legem ab Imperatore solum conditam esse, ut novum jus circa modum confirmationis statueret, non autem circa confirmationem ipsam. Cum vero ait, loqui se de donationibus, quæ silentio firmantur, refert se omnino ad jus antiquum, quod statuit donationes conjugales silentio donatoris ad mortem usque ratas fieri, & donationes patrias silentio per emancipationem perfici, quod etiam patet ex eo, quod non dixit donationes eas morte firmari; tunc enim locum haberet, quod communiter credunt, sed dixit firmari silentio, ut nimirum posset eo modo comprehendere tam donationes inter virum, & uxorem, quæ morte vali-

validantur, quam inter patrem, & filiumfamilias, quæ perficiuntur emancipatione, si donatores sileant, nec donationes collatas revocent.

Dices. Ad confirmandam inter vivos donationem patriam duo exiguntur, ut pater filium emancipet, & peculium non adimat, *d. l. sive emancipatis C. eod.* Ergo eadem ratione idem locum habere debet, cum pater moritur, nam tunc filius sui juris fit, nec pater rem donatam adimit. Sed idem Donellus respondet hos duos casus longe inter se distare, quandoquidem in primo, ideo pater emancipat filium, ut hic sibi adquirere possit, & propterea si rem donatam non adimit, censetur id fecisse, ut ipsi filio jam emancipato adquiratur. At vero non ideo moritur pater, ut filium sui juris faciat, quod certe præter patris voluntatem accidit, eoque dici non potest donationem non ademtam voluntate patris filio adquiri, cum non ex ejusdem voluntate sui juris fiat. Hoc autem ita se habere patet in peculio, quod non ademtum filio emancipato adquiritur, *d. l. donationes §. pater ff. hoc tit.* Non ademtum filio, qui mortem patris sui juris fit, filio non adquiritur, sed in collationem venit, *l. si fratres §. item Pomponius ff. pro socio*.

Apparet ex his, ut sit intelligendus Imperator Valerianus in *l. si pater C. de inoff. donat.* ubi donatio in filiumfamilias collata, dicitur valida, ubi male Glossa 1. putat donationem statim initio eo casu valuisse, utpote factam vel causa dotis ex *l. Pomponius Philadelphus ff. famil. ercisc.* vel fuerit de rebus mobilibus collata filiofamilias in castra eunti, ex *l. 4. C. famil. ercisc.* Male etiam alii putant sola patris morte intelligi confirmatam; sed cum non appareat in ea lege, quo capite illa donatio confirmetur, opus omnino est, ut exponatur eo modo, quo reliquis legibus consonet, non ut eis adversetur. Dicemus itaque confirmationem intelligi, vel emancipatione peculio non ademto, vel extremo patris judicio.

Ceterum in quantum ad confirmationem notabimus ex *d. l. 25.* quod si donatio patria (idem est de conjugali) firmetur patris silentio, ut fieri solet in emancipatione, tum si non excessit legitimam summam quingentum aureorum, omnino firma est. At si excessit, distinguendum est, aut fuit actis insinuata, & in totum firmatur; aut insinuatio fuit omissa, & firmatur non in totum, sed solum quoad summam prædictam, ut contra Salicetum est communis opinio apud Clarum in *§. donatio qu.* 17. Sed si pater testamento eam donationem firmaverit, semper, & omni casu in totum rata erit: quod si donatio uni ex liberis facta sit, eatenus confirmatur, quatenus inde reliqui filii in legitima portione non lædantur, *novella 92. de immensis donat. in filios factis*.

Hæc de confirmatione, nunc de retroductione, si donatio rata sit, sive silentio, sive testamento, & summa legitimam excedit, nec sit insinuata, non sit retroductio ad tempus donationis collatæ, sed vires habet a die ratihabitionis. At si non excedendo sit insinuata, retrotrahitur. Hic est verus, & facilis sensus *d. l. 25.*

Hic illud explicandum est, quando donationes patriæ, vel conjugales retrotrahuntur, quis sit eorum effectus, vel quas ad res hæc retrotractio pertineat, vel prosit? Et quod attinet quidem ad fructus rerum donatarum, ancillarum partus, & similia, quæ medio tempore a donatario percepta sunt, omnium opinio est donationem retrotrahi, ut testatur Arias Pinellus ad *l. 2. pars. 2. num. 51. C. de rescind. vendit.* Difficultas tamen est in quantum ad dominium earundem rerum, & receptum quoque est in quantum ad hoc donationem non retrotrahi, Clarus *d. §. donatio qu. 11. num. 7.* Covarruvias in *rubr. de testam. part. 3. num. 5.* Sed hanc opinionem nervose rejicit Scipio Gentilis *de donat. inter virum lib. 3. cap. 35.*

Est etiam prohibita donatio inter virum, & uxorem, ita tamen ut omnino nulla sit; quod diserte probat Ulpianus in *l. 3. §. sciendum ff. de donat. inter virum*, ubi ait: ita interdictam inter virum, & uxorem esse donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est; proinde si corpus sit, quod donatur, nec donatio quicquam valeat, & si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nil valet. Hæ vero donationes pluribus de causis fuerunt interdictæ, ut patet in tribus prioribus *legibus ff. eod.*

ff. eod. sed illa omnium maxime frequens est, & apud Jurisconsultos notabilis, ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret; & profecto ita est, ut plerumque semper munera captet deterior, atque emungat simpliciores. Quare male Harmenopolus *lib. 3. Prochiri tit. 11.* & Leo Philosophus in *Basilicis*, illa verba, *melior*, *deterior*, atque locum illum orationis D. Antonini verterunt; ne dives pauper, & ne pauper dives fieret. Ceterum hæc ratio cum aliis ab Antonino assignatis non ita placuerunt Hothomano, ac ratio, quæ apud Plutarchum in problematis Romanis, & præceptis Conjugalibus legitur; quoniam nimirum inter conjuges bona omnia esse debent communia; putatque Hotomanus hoc sanctum esse lege Romuli, quæ omnium sacrorum, & bonorum communionem inter conjuges introduxit. Hincque factum, putat, non esse inter eos donationibus locum, cum nemini res sua donari possit. Ceterum hæc ratio minime procedit, cum hæc Romuli lex omnino commentitia sit, nec usquam legatur, imo ex Marco Catone scriptore antiquissimo constat de servis, aliisque rebus, quæ dotium non essent, neque ad virum transirent, quas propterea receptitias appellabant, quia eas sibi mulier recipere, cum nuptum iret, nec marito in dotem dare consuevisset, vulgo bona paraphernalia, hoc est præter dotalia dicimus.

Ceterum quandoque donatio inter conjuges sibi constat, ut puta, honoris causa; hoc est si quid adispicendæ dignitatis causa ab uxore in maritum collatum est, *l. quod adipiscendæ, cum duab. seqq. ff. cit. tit.* Et aliis causis multis, de quibus plene Scipio Gentilis *lib. 2.* Ulterius donationes inter conjuges invalidæ ex oratione Imperatoris Antonini confirmantur, si donator prius decesserit, quam qui donationem accepit, & in eadem voluntate usque ad supremum vitæ spiritum perseveraverit, *l. cum hic status ff. cit. tit.*

Prohibita est etiam donatio collata a milite in focariam, ne hujus ficta adulatione miles spoliaretur, ut idem Antoninus statuit in *l. 2. ff. cit. tit.* Focariæ sunt, quas milites, ut focis ad coquendum operam dent, secum in expeditionem afferre solent, quibus etiam uti scortis, seu concubinis utuntur, quod hodie in usu maxime est apud Germanos, licet Imperator Federicus I. olim id lege Castrensi prohibuisset, ut est apud Guntherum Ligurini *lib. 7.*

Non erit in nostris nobiscum fœmina Castris.

Quod militis privilegium post alios Rolandus Vallensis *cons. 1.* extendit etiam ad clericos, sacros milites, & advocatos milites togatos, uti scilicet donationes ab his in suas concubinas collatæ omnino prohibitæ censeantur: quod tamen falsum est, cum nunquam relatum sit has Clericorum, & Advocatorum donationes rescindi, nec quod militibus ex privilegio concessum est, potest ad alios extendi, §. *sed & quod placet, de jure naturali*, ut recte sentit Gentilis *lib. 1. cap. 9.*

De donatione in scortum collata, sunt qui dubitant. Accursius in *l. affectionis ff. hoc tit.* ubi habetur, donationes in meretrices factas affectionis causa valere; distinguit ut locum habeat, si res jam tradita scorto sit, tunc enim repeti non potest; sed si fuerit promissa, nec data, peti a scorto nequit; quod probat etiam Connanus *lib. 9. cap. 11. num. 2.* ea ratione, quoniam omnis stipulatio turpis nullius est momenti, *l. generaliter ff. de verbor. oblig.* Verum Bartolus omnino valere ait, & jure cogi ad solvendum promissorem posse, quod sequitur Hotomanus in hoc tractatu, simulque Gentilis *loc. cit.* & vulgo recepta est, non solum a Jurisconsultis, teste Didaco Covarr. *2. part. Religionis qu. 2.* sed a summis Theologis Divo Thoma, & Dominico Soto *lib. 4. de justitia n. 7. tit. 1.* Quod probatur ex regula, quod scortum turpiter facit, quod si meretrix, sed non turpiter accipit, cum sit meretrix, *l. idem ob stuprum §. sed & quod ff. de condictione ob turpem causam*. Sicut ergo in accipiendo nulla versatur turpitudo, ita nec petendo videtur meretrix turpiter facere, ut propterea ea stipulatio, in qua ei donare promittimus, turpis non sit, ut male creditum est a Connano. Probatur etiam exemplo Judæ *Genes. cap. 38.* ubi cum hædum mercedem Thamaræ promissum misisset, eaque in eo loco, ubi compressa fuerat, non esset reperta, tum Judas dixit: *Certe mendaci;*

datii arguere nos non potest, ego misi haedum, quem promiseram. Unde colligitur ita olim vulgo receptum fuisse, ut deberetur pro stupro promissum; quin & pignus Thamaræ dederat anulum, & alia quædam, donec mercedem solveret, quod notandum est contra Zasium *d.* §. *sed & quod*, ubi negat, pignus tenere, utpote adjectum promissioni invalidæ.

Tandem qui capitale crimen admisit, donare non potest post condemnationem, ante potest, *l. post contractum ff. hoc tit.* Extant in hanc celebrem legem commentarii Alciati & Corasii. Agunt etiam de ea Connanus, Balduinus, Contius, Hotomanus, Giphanius, aliique. Verum quoniam a Justiniano, ut diximus, sublata est; ideo nos hic tantopere immorandum non ducimus. Breviter itaque sciendum est, ideo sententiam passum donare non potuisse, quia in fraudem fisci facere censeretur, ad quem bona damnati jure antiquo pertinebant. Constat autem donationem, omnemque alienationem in fisci fraudem factam revocari, *l. in fraudem ff. de jure fisci*; sed quoniam hoc successionis jus fisco post condemnationem adquiritur, ideo si reus ante sententiam donet, jure valida donatio est, cum nihil hoc casu in fraudem fisci factum dici possit; eo magis, quod potest reus mori in reatu, & post mortem non potest sequi condemnatio, cum crimen mortalitate extinguatur, *l. 3. ff. de publicis judiciis, l. ex judiciorum ff. de accusationibus, l. ult. ff. ad leg. Juliam Majestatis*; ut propterea eo casu fiscus nullo modo succedat. Ceterum hodie ex *Novella de mandatis Principum* §. *oportet autem*, & *Novella ut nulli judicum* §. *fin.* statutum est, bona damnatorum non amplius fisco, sed liberis eorum, aut parentibus, aut agnatis relinqui, eoque ex novissimo jure præsens lex post contractum abrogata est, sublata scilicet causa, idest fraude fisci, & ita apud nos hodie servatur; licet in multis regionibus jus vetus confiscationis in usu sit, & in iis hujus legis prolixa disputatio utilis est. Excipere tamen oportet crimen perduellionis, per quod etiam ante reatum, imo etiam ante perfectum delictum facta donatio non valet, sicut neque alia quæcunque alienatio, *l. donationes* §. *ult. ff. hoc tit. l. quisquis* §. *dotes C. ad leg. Juliam Majestatis*; quocunque enim horum casuum semper perduellis bona fisco adquiruntur; neque hoc correctum est ab Justiniano in *novellis*, sed expresse confirmatum in *d.* §. *finali*, *novella*, *ut nulli judicum*.

QUÆSTIO I.

An donatio inter patrem, filiumque familias, jurejurando firmari possit.

SI juris tantum civilis nobis ratio habenda esset, nullus huic quæstioni locus foret; constat enim ex eo non confirmari per jusjurandum pactum sive actum a legibus improbatum; primo ex Pandectis, in quibus generatim omne pactum, vel contractum quemcunque a jure communi remotum servari non potest, etsi jusjurandum accesserit, *l. jurisgentium* §. *penult. ff. de pactis*; deinde ex C. ut in *l. non dubium C. de legibus*; & tandem ex *novella* 51. ubi idem iterato habetur. Idem etiam ratione firmatur, tum quia legibus justum, & æquum decernitur, quod si interposito jurejurando violare liceret, jam fieret jusjurandum iniquitatis vinculum; tum etiam quia legis prohibitio est juris publici, quod privati immutare non possunt, *l. jus publicum ff. de pactis*. Tandem si jusjurandum confirmaret actum lege non validum, una via concederetur, quod altera non licet, contra *l. scire oportet* §. 1. *ff. de tutoribus*, *l. cum hi* §. *si cum his ff. de transactionibus*, *l. heres meus ff. de condit. & demonstrationibus*. Verum quaterni casus sunt, in quibus ex jure civili jusjurandum robur addit pactionibus, & contractibus, quæ tamen alias valent. I. In transactione majorum, *l. si quis major C. de transactionibus*. II. Si adolescens juraverit se majorem 25. annis esse, restitutione in integrum amplius frui nequibit, *l. 3. C. si minor se majorem*. III. Si adolescens vendendo juraverit se adversus venditionem non venturum; tunc enim venditio alias valida, sed quæ revocari poterat, perpetuo firma redditur, *l. 1. & auth. Sacramenta puberum C. si adversus venditionem*. IV. Si libertus jurejurando patrono operas, donum, munus promiserit, ut pa-

fim

tum in toto titulo *ff. de operis libertorum.*

Verum hæc juris civilis dispositio per Pontifices correcta est, qui eam jurisjurandi vim esse decreverunt, ut etiam contra auctoritatem legis interpositum, modo iniquitatis vinculum non sit, valeat, itaut omnino servari opus sit, *cap. quamvis pactum, de pactis in 6. cum concordantibus.* Hinc orta quæstio est, an jusjurandum eatenus vires suas extendat, ut donationem patriam confirmet. Et non una est nostrorum opinio.

Sunt qui putant, donationem patriam adhuc nullius esse momenti, sed jusjurandum appositum esse servandum, ne in perjurium incidamus. Ita Corasius in *l. frater a fratre n. 73. ff. de condict. indebiti*, qui ita sæpe a Senatu Tholosano judicatum refert, Fernandus Vasquius *de successionum creat. lib. 3. §. 29. n. 14.* sequitur Menochius *lib. 3. præsumt. cap. 1. n. 114.* Horum opinio fundamentum habet in eo, quod docuit Christophorus Porcius in *§. extraneis, de heredum qualitate*, dum generatim voluit ex jure canonico nunquam jurejurando actum jure non validum confirmari, sed jurantem ad jurisjurandi observantiam obstringi. Patet hoc ex *cap. 28. de jurejurando in 6. cum aliis similibus*, in quibus nunquam, ait ipse, dicitur pactum sacramento validum fieri, sed non debere paciscentes proprio sacramento contravenire. Hæc autem maxime inter se differunt. I. primo quia licet jurans non possit non implere contractum, heredes tamen ejus potuerunt contravenire, qui defuncti juramento ad perjurium non obligantur, *cap. veritatis, de jurejurando*. II. Si jurans ad hoc ut fidem suam liberet, promissum solvit, solutum repetet, ut traditum sine causa, *cap. debitores cit. tit.* III. Quia petens jurisjurandi remissionem potest pacto contravenire. Vasquius tamen in effectibus tantum variat. Ceterum quidquid fit, hæc distinctio a Portio tradita, & a Vasquio, & Corasio probata, ut nimirum jure canonico pactum non valideretur, sed solum jusjurandum servandum fit, falsa omnino est, ut aperte patet ex *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* ubi dicitur pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote recepta nullum ad bona paterna regressum haberet, juramento firmari, adeout omnino servandum pactum fit. Quod evidens adeo est, ut Jason in *auth. sacram. puberum*, licet prius adhæserit Portio, mox tamen *n. 14.* notet ex *d. cap. quamvis pactum*, Portii sententiam subverti.

Itaque in quæstione nostra, vel dicendum est donationem patriam omnino jurejurando firmari, vel omnino non firmari; nullusque locus mediæ alicui sententiæ relinquitur. Communiter ergo creditum est eam donationem jurejurando ratam fieri. Ita Andreas Gaillus *lib. 2. observ. 38. a num. 8. ad 12.* Faehineus *3. controv. 77.* Joannes Guttierez *de juram. confirmatorio part. 1. cap. 4. in princ.* & post alios Clarus *lib. 4. §. donatio qu. 8.* Horum rationes mox adducemus.

Alii e diverso statuunt jusjurandum in patria donatione nullius esse momenti. Paulus de Castro *cons. 345.* Fulgosius *consil. 199.* Corneus *cons. 238. lib. 1.* Bocerus hic *cap. 3. num. 7.* & consentit Alciatus in *cap. cum contingat num. 108. de jurejurando.* Quæ sententia juri conformis est.

Id probatur evidentissime, quod jusjurandum ex jure canonistico, a quo omnis hæc quæstio pendet, eam solum vim habet, ut confirmet actum, qui jure civili invalidus est, ita aperte in dictis juribus, & præsertim in *d. cap. quamvis pactum*: ergo jusjurandum in donatione patria nullius roboris erit, utpote quæ non est invalida, sed nulla, *l. 1. §. ff. pro donato.* Quid quæso confirmabit jusjurandum, quod confirmatorium dicitur? non certe donationem, quæ non est, siquidem nullam dicere donationem est, non secus ac dicere nunquam fuisse donatum ex juris censura: sicuti ergo donationi, quæ facta non est, jusjurandum nihil prodest, ita etiam huic nullæ. Unde recte statuitur, jusjurandum esse accessionem ipsius actus, quo non subsistente, nec ipsum jusjurandum subsistet, *cap. accessorium, de regul. jur. in 6.*

Probatur amplius, quia si pater filiofamilias donaret, sibi ipsi donaret, cum per eam donationem, utpote de bonis profectitiis factam, patri dominium quæreretur: sed sibi ipsi tradere, & donare impossibile est, *l. si quis pro eo §. 1. ff. de fidejussoribus*;

ribus: quapropter jurejurando ea donatio firmari nequit., cum juramentum vires suas non eatenus extendat, ut rem factu impossibile efficiat, ut possibilis fit.

Sed age videamus, quibus argumentis contrariæ opinionis assertores pugnent. Dicunt itaque nostras has rationes pendere a viribus patriæ potestatis, ob quam filiusfamilias patri quærit, & cum eo una persona censetur; quare corruant necesse est, quoties palam fier in nostro casu, neque patriam potestatem, neque unitatem personarum locum habere.

Quod unitas personarum locum non habeat, probant, quia pater, filiusque familias una persona censentur in iis, quæ spectant ad obligationem civilem, non item in iis, quæ obligationem naturalem respiciunt: quandoquidem obligatio civilis ea est, quæ in patrem, & filiumfamilias non cadit, inter quos tamen cadit obligatio naturalis, ut expresse habetur in *l. frater a fratre §. quæsitum ff. de condict. indebiti*.

Idem est in servis, qui ex contractu dominio naturaliter obligantur, *Institutionibus de fidejussoribus in principio*; & ratio est, quod dominus & servus, pater & filius, si naturaliter, & re ipsa considerentur, distinctæ personæ sunt, eoque potest unus alteri naturaliter obligari, eos enim juris vinculum in unam personam unit, hoc est, vel patria potestas, quæ a jure civili est, §. 1. *de patria potestate*, vel potestas despotica, quæ a juregentium descendit, §. 1. *de his qui sunt sui*: ergo cum pater aliquid filiofamilias donat, jam ex ea donatione oritur inter utrumque naturalis obligatio. Hæc, si jusjurandum accesserit, robur, & efficaciam ex eo accipiet; itaque si pater verbis filiofamilias donaverit, rem tradere instituta actione cogi potest, quod si tradiderit non erit locus repetitioni.

Quod ulterius locum nec etiam habeat in casu nostro patria potestas, probant, quia in rebus spiritualibus patria potestas negligitur, *cap. fin. §. fin. de judiciis in 6.* ubi in causis beneficialibus, & aliis id genus, quæ spirituales sunt, filiusfamilias agere potest etiam sine consensu patris, qui consensus alioqui jure patriæ potestatis exigeretur; sic ergo & negligenda est, cum agitur de jurejurando, quod est quid spirituale, & vinculum animæ, *cap. etsi Christus, de jurejurando*. Accedit, quod jusjurandum est juris divini, patria potestas est juris civilis, eoque illi cedere debet: quare cum patriæ donationi juramentum adjungitur; ex vi ejusdem filiusfamilias uti extraneus censendus, adeout inter eos jam non solum oriatur obligatio naturalis, sed etiam civilis, quæ inter extraneos ubique locum habet.

Subdunt etiam, si demus donationem patriam esse nullam, nihil tamen obstare quin jurejurando confirmetur; idque probant ex Papiniano in *l. cum pater §. filius matrem ff. de legat. 2.* ubi testamentum nullo jure factum, addita jurisjurandi religione, servandum est ab herede.

Sed hæc licet alicujus momenti prima fronte esse videantur, facile tamen concidunt, si attentius considerentur.

Ad primum itaque respondeo, duosque casus distinguo. Prior est si donatio re facta sit, hoc est per traditionem, tunc falsum est inter patrem filiumque familias ullam oriri obligationem, nec etiam naturalem; tum quia omnis obligatio est contractus, & traditio non est nisi distractus; tum etiam quia actio, vel est rei persecutoria, vel datur in personam, ut quid det, vel faciat; quarum nulla hic locum habet; non enim potest donatarius rem donatam persequi, cum jam apud eum sit; nec potest agere in personam donantis, ut tradat, cum jam tradita res sit; quare nullo modo est donator obligatus. Et plane Jurisconsultus in *d. l. frater a fratre* manifeste ostendit, solum ex contractu inter patrem filiumque familias gesto obligationem naturalem oriri; non enim temere, & sine ratione loquitur nominatim de mutuo, quod contractibus accensetur.

Secundus casus est, si pater stipulando, vel pacto filiofamilias donaverit, & fateor non invitus oriri inter eos obligationem naturalem, hoc est patrem non cogi tradere, verum si tradiderit, tunc filio competere retentionem, sed non omni casu; nam si pater dederit filio rem pacto donatam, dum hic est adhuc sub patrio jure, tunc filiofamilias retentio non competit, cum traditio nullius momenti sit, & res patri

patri quæratur, *d. l. placet ff. de adquir. heredit.* Si vero pater rem filio post emancipationem tradat, utique dico filium posse patrem repetentem exceptione repellere, retentionemque habere. Probatur id manifeste ex *d. l. frater a fratre §. quæsitum*, in qua tunc solum filio retentio conceditur, cum pater post emancipationem solvit id ad quod ex contractu olim gesto naturaliter tenebatur. Hæc naturalis obligatio si jurejurando firmetur, non majorem vim adquiret, atque hactenus expositum est; nam falsum est, quod putant, jusjurandum accedens obligationi naturali tribuere actionem civilem; siquidem in *d. cap. quamvis pactum*, non aliud statuitur, si actum jure invalidum, jurejurando firmari. Cum autem firmum est, jam ex certa ratione actio ex eo efficax nascitur; & quamvis nonnulli ex *cap. 2. & 8. de jurejurando* tradiderint, ex pacto nudo decerni actionem; id tamen omnino falsum est, cum in eis solum constitutum sit pacta esse servanda, & jus esse Episcopo per censuras Ecclesiasticas adigere paciscentes ad fidem servandam, quod fieri potest, etiamsi inde nulla decernatur actio. Immo hinc elicitur nullam ex pactis nudis præstari actionem; nam si præstaretur, quid opus esset paciscentes ad observantiam adigere per censuras, cum possint cogi actione instituta.

Ad secundum cum dicitur in spiritualibus negligi patriam potestatem; respondeo id verum esse, sed in casu nostro locum non habere, ubi agimus de donatione, quæ spiritualis non est: ita recte dicebat Porcius in §. *extraneis, de heredum qualitate num. 13. in fine*, dicendo, quod licet in spiritualibus, ut aliqui putant, minor pro majore habeatur; id tamen minime procedere, si de contractibus agamus, qui inter spiritualia non recensentur.

Nec quicquam tertio pro communi opinione facit Jurisconsultus in *l. cum pater §. filius matrem ff. de legat. 2.* ubi filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat, cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus mater legitimam hereditatem cogitur fideicommissario præstare; nam obnixæ (inquit Jurisconsultus) voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur. Ex qua lege inepte Doctores colligunt, juramentum testatoris, vel heredis habere vim repetitionis ab intestato. Dicunt testatoris, vel heredis, quia dubitant, utrum in hac specie ipse filius juraverit, an filius matrem jurare adegerit, ut Accursius ibi notat *verbo jurisjurandi*: sed omnino decipiuntur, quandoquidem in ea lege jurisjurandi nomen non significat juramentum, sed obsecrationem; quoniam enim fideicommissa non ex jure, sed ex fide restituebantur, ideo testatores fidem suorum heredum implorare solebant, & obsecrabantur vel per Deum ut restituerent, *l. 3. in princ. ff. de jure fisci*, vel per salutem Augusti, *Institut. tit. de fideicommissariis hereditatibus, in princ.* Hæc obsecratio a Papiniano dicitur rogari. En horco, hoc est jurejurando, ut ibi legit Alciatus, vel Enhorco, hoc est jurejurando convenio, ut putat Cujacius *16. observ. 25.* Itaque in nostra specie filius matrem heredem per Deum rogaverat, ut injunctum fideicommissum præstaret, & ex hac obsecratione debetur fideicommissum etiam testamento nullo. Patet id, quia ibi ait, fideicommissum ab intestato restitui non ex vi juramenti, quippe nullum fuerat adhibitum, sed ob preces enixæ voluntatis, hoc est, quia rogata mater fuerat per Deum, ut particula illa, Preces, aperte ostendit.

Ita etiam puto intelligendum esse textum in *l. si quis inquilinos §. ult. ff. de legat. 1.*, quo habet: Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, jusjurandum contra vim, legem, & auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti: ubi in eam sententiam itum est, ut credant per jusjurandum significari juramentum, quod falsum est, ut patet ex eo, quod nullo modo species illius §. poni potest, & frustra Accursius, qui eam ita fingit, lego ædes destruendas, & volo heredem, vel legatarium jurare, seu lego tibi decem, si juraveris Capitolium non ascendere.

Primo enim hæc legata nihil habent contra vim, & auctoritatem legis. Secundo in his casibus heredes, vel legatarii jurare deberent post testatoris mortem in alia scriptura, quam testamento; nihilominus in

in eo §. dicitur jusjurandum in testamento scriptum, immo si eo modo interpretemur, Severi, & Antonini lex omnino inutilis foret, cum jam ante ipsos a Prætore generatim sanctum esset, nihil posse sub conditione jurisjurandi, seu juramenti relinqui, quod si relictum fuerit, juramentum nihil operari, ut constat ex Ulpiano in *l. quæ sub conditione ff. de conditionibus institutionum;* quapropter jusjurandum in *d.* §. *ult.* non erit, nisi obsecratio testatoris in testamento scripta, qua adjurat heredem, ut quid faciat, vel non faciat, contra vim & auctoritatem legis; ut puta si per Deum roget, ut hereditatem filio adulterino restituat, hæc obsecratio, inquiunt Imperatores, quia contra legem, non obligat heredem, licet alias obnixæ voluntatis preces maxime operentur, ut dicebat Papin. in *cit. l. cum pater* §. *filius matrem ff. de legat.* 2.

CONTROVERSIA II.

An inter patrem, filiamque familias dotis causa donatio valeat.

COnstans nostrorum opinio est, hanc donationem privilegio dotis omnino valere, & moventur eleganti illo Papiniani responso, quod extat in *l. Pomponius Philadelphus ff. familiæ erciscundæ;* in cujus specie cum proponeretur, patrem quædam prædia filiæ suæ dotis causa tradidisse, eorumque reditus genero solvi mandasse; tum quæreretur an post mortem patris accepto inter filiam, ceterosque patris ex testamento coheredes, familiæ erciscundæ judicio, præcipua retinere filia posset; respondet Papinianus justam causam retinendæ possessionis habere filiam; quoniam pater prædia, de quibus quærebatur, dotis esse voluerat, & matrimonium post mortem quoque patris steterat; filia enim naturaliter agros tenuit specie dotis, cujus capax fuisset. Hinc ergo probant donationem patriam dotis causa factam statim vires habere; neque eam teneri filiam mortuo patre in collationem ponere. Ita Glossa, & Cujacius ibidem, Covarruvias in *cap. quamvis pactum de pactis in 6. 3. part.* §. 1. *ad finem*, late Petrus Barbosa in *l.* 2. §. *quod si in patris* *n num.* 2. *ff. soluto matrim.* Ratio cur ita sit, credunt indicatam a Papiniano verbis illis, speciem dotis, cujus capax fuit, defendi, hoc est, quod sicut filiafamilias dotis capax est; ita etiam capax erit donationis dotis causa factæ.

Verum donari causa dotis filiæfamilias non posse post Fulgosium & Ripam, docent Alciatus *ibid. num.* 8. Faber *conjecturarum lib.* 7. *cap.* 12. *& de erroribus pragmaticorum decad.* 40. *err.* 9. Schiferdegherus *lib.* 12. *tract.* 15. quæ sententia vera est.

Probatur id primo, quandoquidem regula, qua traditur, donationem inter patrem, filiamque valere, non est cur violanda sit in donatione causa dotis, eoque etiam in hac locum habet. Verum hoc excipiunt fieri favore dotis, vel favore nuptiarum, ut voluit Cujacius ad Papinianum in *l. Imperator* §. *pater filiæ ff. de legat.* 2. Itaque harum intuitu regula illa de donatione patria cessat. Sed respondetur hanc donationem causa dotis factam, nihil favore doti, vel nuptiis, sed eis potius obstare, & nocere; dos enim a patre tradenda est genero filiæ nomine, non item donanda filiæ, illo quippe casu vere dos est, & matrimonium ea conciliatur; isto neque dos est, neque nuptiæ alliciuntur. Utrumque patet, siquidem dos tunc constituitur, cum res viro traduntur, non cum filiæ donantur, *l. de divisione in fine ff. soluto matrim. l. dotale* §. *dotale ff. de fundo dotali*, & consentiunt adversarii, inter quos Barbosa ad *tit. ff. sol. matrim. part.* 4. & matrimonia tunc conciliantur, cum res dotales ipsi viro traduntur: hac enim esca capiuntur, qui uxores ducunt. Apparet itaque in hac donatione nullum vel dotis, vel nuptiarum favorem considerari posse, quod eo fortius urget in *d. l. Pomponius Philadelphus*, quod in ea specie prædia donata filiæfamilias penes ipsam permanserant; ut videbimus.

Probatur ulterius ex *l. cum pater* §. *pater filiæ ff. de legat.* 2. ubi agit Papinianus de patre, qui mancipia filiæ nubenti dederat, nec eo minus negat valituram donationem, si verbis fideicommissi confirmata non esset, & ob id eam comparat donationi factæ inter virum, & uxorem, quæ etiam inutilis est; licet hæc confirmetur morte, & silentio conjugis donatoris; illa vero ex-

pressam patris confirmationem exigat. Nec quicquam obstant Accursius, Cynus, Castrensis, quorum aliqui fingunt, patrem donasse quidem filiæ, sed simpliciter, vel dotis causa; alii vero contendunt, nec etiam donasse, sed dedisse in dotem, vel ultra dotem; nam respondetur cum pater quid simpliciter filiæ nubenti dat, illud in dotem dare censetur, nisi extra dotem dare se expresserit, *l. donationes* §. *species ff. hoc tit.* Ratio est, quia patris officium est dotare filiam, & in dubio præsumitur quis satisfacere potius officio suo, quam meram liberalitatem in alium conferre; itaque pater in *d.* §. *pater filiæ*, causa dotis filiæ mancipia donavit, quod etiam pater ex eo quia Papinianus ibi hanc donationem mancipiorum filiæ, comparat donationi in uxorem collatæ.

Sed age probemus jam hanc donationem patriam non valere, probari ex ipsa *l. Pomponius Philadelphus*, qua communis opinio nititur; quod ut evidentissime constet, libet, hic eam legem longo filo tractare.

I. Itaque negamus in ea specie ullam factam esse donationem, non enim dicitur patrem filiæ, quam habebat in potestate, prædia in dotem tradidisse, sed dotis causa, ut eorum reditus genero solverentur; aliud autem est donare, aliud dotis causa tradere, cum illud sit liberalitatis, hoc in patre sit necessitatis, quæ duo scilicet necessitas, & liberalitas simul esse non possunt. Unde non videtur donare uxor, quæ marito dedit, ut pro filia genero in dotem daret, *l. profectitia* §. *si quis certum ff. de jure dot.* juncta *l. sive uxor ff. de donat. inter virum*: ergo ita etiam non censebitur donasse pater, qui filiæfamilias prædia dedit, ut inde viro suo constitueret dotem: quod si dixeris in specie proposita patrem non genero, sed filiæ prædia dotis causa tradidisse; respondeo nihil in quantum ad donationem referre, utrinam pater dederit, cum non aliter prædia data fuerint filiæ quam dotis causa.

Neque recipiendum est commentum Barbos. *d. n.* 2. Cum voluit dotem datam quidem filiæ, sed a filia deinde marito, quasi actus unus traditionis occultetur, ut in *l.* 3. §. *sed si debitorem ff. de donat. inter virum*, quam traditionem colligit ex eo, quod dicatur pater voluisse ea prædia dotis esse, quare tradenda erant marito, quia alias esse dotis non poterant, *l. de divisione in fine ff. soluto matrim. l. dotale* §. *dotale ff. de fundo dotali*, quæ Barbosæ opinio aperte Papiniano repugnat; siquidem pater jussit ex prædiis filiam genero fructus solvere. Unde patet prædia penes filiam esse, quæ solvit, non penes virum cui solvitur, alias vir si ipse fundos haberet, ipse sibi solveret, quod absurdum est, cum solutio fiat a debitore creditori, nullus autem possit simul sibi ipsi debere, vel sibi obligari. Immo in fine legis Papinianus dicit filiam naturaliter prædia illa tenere. Neque obstat aliquando actum unum occultari; nam hoc verum est in traditione ficta, ut in *d. l.* 3. §. *sed si debitorem*, ubi si vir debitorem uxori solvere mandet, & ita fiat, censetur debitor creditori dare, & creditor uxori, quod non est in specie proposita, cum Barbosa contendat, vere prædia a filia translata fuisse in virum, licet a Papiniano non exprimatur, quod omnino diversum est a traditione ficta: cum autem idem Auctor subdit, dotem dici non posse, nisi viro tradita sit, nos id concedimus; sed notandum est hic dotis titulum non valuisse, ut mox fiet manifestum; stet itaque prædia filiæ dotis causa tradita fuisse, non item ei donata, quod primus omnium notavit Schifpherdegherus, licet Faber, Alciatus, ceterique putaverint, vere patrem prædia filiæ donasse.

II. Hæc patris in filiamfamilias sive donatio, sive traditio, non valuit; patet id ex eodem Papiniano, dum ait filiam naturaliter agros tenuisse; quod sane demonstrat traditionem nullius momenti fuisse: nam cum traditio valet, qui accipit, utpote rei traditæ dominus, rem vere, & civiliter possidet: sed cum dicitur retentio, sive etiam possessio naturalis, tunc veræ possessioni detrahimus, & detentionem solum significamus. Unde omnes, qui dicuntur naturaliter possidere, dicuntur etiam non possidere: ita fructuarius naturaliter rem possidere dicitur, in qua usumfructum habet, *l. naturaliter ff. de adquir. possess.* at ipse idem non possidet, *l. adquiritur* §. *ult. ff. de adquir. rer. dominio*. Sic quoque Colonus, Commodatarius, Depositarius, naturali-

raliter possident, *l.* 2. §. *quod vulgo ff. pro herede*; nullus tamen istorum vere possidet, ut diserte scripsit Ulpianus in *l. certe* §. *is qui ff. de usucap. & in l. officium ff. de reivindicatione*. Ratio autem cur in specie Papiniani traditio, seu donatio non valuerit, facile intelligi potest; si enim de traditione loquamur, hæc ideo non tenuit, quod traditum ex causa dotis, ut valeat, non fieri debet filiæ, sed generi filiæ nomine, cum maritus efficiendus sit dominus dotis, *l. doce ancillam C. de reivindicatione*, eoque ipsi res dotalis tradenda est ex *l. traditionibus C. de pactis*. Sin autem eam donationem esse dicamus, ideo non valet, quia filia sub patris potestate constituta, cum rem donatam a patre accipit, eam nonnisi naturaliter tenere, seu possidere potest, ut in nostra specie asserit Papinianus; & concordat cum eo, quod Julianus ex Servii sententia scribit, filiam rem donatam a patre non posse pro herede usucapere, ea ratione, quod naturalis possessio penes ipsam fuerit vivo patre, *l.* 2. *in fine ff. de usucap. pro herede*.

III. In specie Papiniani nec titulus ipse dotis valebat, ex quo secuta traditio proponebatur: id ita diserte exprimit Jurisconsultus, ut nihil magis, cum ait filiam specie dotis defendi, idest eo colore, & prætextu potius, quam jure; nec enim consentiendum est Cujacio, cum censet Papinianum dixisse specie dotis defendi filiam pro causa dotis, *l. Mævius in princ.* ibi, *Si plus sit in specie legati ff. de legat.* 2. Nam speciem significare causam, nusquam legimus, neque id speciei nomen pati potest, cum contra notissimum sit, speciem denotare prætextum, coloremque; cum autem in *d. l. Mævius* dicitur, debitor non semper quod debet, jure legat, sed ita si plus sit in specie legati, hoc significatur, tum legatum rei debitæ consistere, cum creditori, eidemque legatario utilius est rem recipere sub nomine, & titulo legati, quam rei debitæ.

Neque obstat, quod Papinianus subjiciat esse filiam dotis capacem constante matrimonio: hinc enim male inferunt adversarii eam etiam capacem esse donationis causa dotis factæ; nam longe differunt filiam dotis capacem esse vivo patre, & posse filiam familias ex donatione traditam sibi a patre dotem accipere; potest enim, sive potius tenetur pater filiæ nomine genero dotem tradere; sed ipsi filiæ dotem tradere, ut ei adquiratur, non potest ob impedimentum patriæ potestatis.

IV. Apud Papinianum proponitur, matrimonium post mortem quoque patris stetisse, hoc ideo quia si moriente patre matrimonium solutum fuisset, res in dotem data, utpote profectitia, esset ad patrem reversa, nam dos non est, nisi constante matrimonio: quod si in hac specie confirmationem intervenisse velimus, notandum jure *ff.* donationem in filiamfamilias a patre collatam patris morte non confirmari; nam si confirmaretur, non opus fuisset Papiniano tueri donationem, quia matrimonium post patris mortem steterat, sed dixisset, jam patris morte validam fuisse factam: quare patet error Barbos. *loc. cit. n.* 3. qui credebat olim Papiniani tempore donationem patriam morte ratam fieri; unde se misere torquet, ut rationem adinveniat, cur hæc dotis causa donatio etiam mortuo patre donatore, non habita fuerit eo capite, tanquam valida. Gravius errat Antonius Faber *decad.* 40. *err.* 9. qui dixit se in hac Papiniani lege novum quid, & propemodum mirabile deprehendisse, quod nullus hactenus observarat, deterioris conditionis olim fuisse donationem inter vivos factam filiæfamilias ex causa dotis, quam ceteras, in eo, quod cum ceteræ donationes inter vivos a patre in filios, vel filiasfamilias collatæ silentio, & morte patris convalescerent, etiam citra specialem confirmationem; donatio tamen facta ex causa dotis non confirmabatur: & tamen notare debebat hodie, nedum olim, donationem patriam silentio, & morte patris non effici posse ratam, sed omnino exigi specialem morientis confirmationem, ut jam supra cum Donello docuimus.

V. Filia possidebat, quamvis naturaliter, prædia a patre sibi tradita, siquidem non possideret, ei integrum non esset, ea prædia a coheredibus petere, multoque minus jure præcipui vindicare ea ratione, quod dotis capax etiam vivo patre fuisset; non posset inquam, quia si pater tantum illa tradere promisisset, patris promissio tanquam inu-

inutilis non concederet filiæ petendi actionem; sed quia jam naturaliter ea tenebat, facilius est, ut ab arbitrio familiæ ercifcundæ detur ei retentio ad conservandam patris inter liberos voluntatem, quamvis jure destitutam, *l. quoties*, *l. filii*, *& l. ult. C. familiæ erciscundæ l. parentibus C. de inoff. testamento*.

Tandem Papinianus decidit posse filiam sibi jure præcipui, sive excipui, doti retinere. Pro qua decisione (ut breviter repetam) duo supponit. Primo patrem fecisse testamentum, nam jure *ff.* tunc solum dos in collationem veniebat, cum pater ab intestato decesserat, non item si cum testamento, *l. 1. §. filiam ff. de collat. dot.* nisi nominatim collationem fieri jussisset, *l. pater nubenti ff. cit. tit. l. Theopompus ff. de dote prælegata*, licet deinceps per Justinianum statutum sit omni casu dotem conferri debere, *§. illud*, *Novella de triente & semisse*. Quare si pater in specie Papiniani ab intestato mortuus fuisset, dubium non esset prædia filiæ tradita causa dotis in collationem venire, si dos ipsa genero tradita fuisset. Secundo matrimonium post patris quoque mortem stetisse; nam si vivo patre fuisset solutum, dos ad patrem reversa in ipsius patrimonio jam absque ulla collatione reperiretur, *l. fin. C. communia utriusque judicii*. Itaque si verum est, cum post patris mortem testato matrimonium stet, dotem non esse conferendam, videtur neque prædia filiæfamilias causa dotis tradita in collationem venire. Difficultas vero in hoc erat, ea prædia vere dotalia non esse, cum viro tradita non sint, sed filiæfamilias, eoque censenda videbatur non uti dos, sed uti quid profectitium, quod collationem non effugit. Respondet tamen Papinianus, filiam specie, prætextu, & colore dotis defendi, hoc est licet ea prædia vere dotis non sint; tamen ratio aliqua voluntatis paternæ habenda est, qui pater ea nomine dotis tradiderat. Addit filiam possidere, licet naturaliter, quia possessori favendum est. Hæc nobis Papiniani genuina interpretatio esse videtur in *l. Pomponius Philadelphus*, quæ tantopere nostrorum Jurisconsultorum ingenia stylumque exercuit.

Verum quia contraria opinio moribus recepta est, valide scilicet patrem filio, quem sub jure mancipioque habet, causa nuptiarum donare, ideo operæ pretium est cursim aliqua circa eam notare; siquidem hodie cum filiifamilias matrimonio socientur, donationes intuitu certi illius matrimonii a patre accipiunt nuptiarum tempore, hoc est in tabulis nuptialibus, quo magis mulieres ad contrahendum alliciantur, eum maritum divitem habent, quare accidit filiosfamilias potius causa nuptiarum donari a patre, quam filiæfamilias.

Primo itaque hæc patria donatio, ut substineatur, fiat tempore nuptiarum opus est: nam ante nuptias nullus ipsarum favor, nullumque privilegium considerari potest, ut patet ex *l. Divi*; ibi, *pactis, quæ matrimonii tempore C. de naturalibus liberis*; hinc ante matrimonium dos nulla est, *l. 3. ff. de jure dot.* & ita sentiunt Soccinus junior *cons. 44. num. 4. lib. 1.* & ante ipsum Castrensis *cons. 345. num. 1. lib. 1.* Fontanella *de pactis nuptialibus clausula 4. glos. 1. nu. 22.*

II. Hæc donatio actione ingrati non revocatur, Menochius *cons. 723. a n. 9.* Nam donatio ob causam, nisi causa non secuta, non revocatur. Ceterum donationem hanc ob nuptias, ob causam esse, sive ob rem, nulli dubium est. Addit Franchis *decis. 205.* nec filium donatarium posse matrimonio inito hanc donationem patri retrodonare, sive omnino, sive pro parte, quia mulier, quam filius duxit, nuptias non contraxisset, nisi vir suus esset ita a patre locupletatus; quare æquum non est per has dolosas retrodonationes decipi.

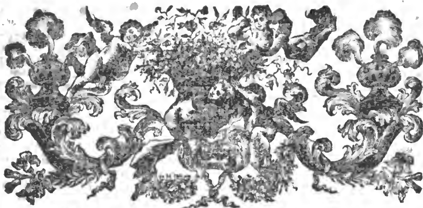
III. In his donationibus non solum adest favor uxoris, sed etiam filiorum, qui ex his nuptiis nascentur, etiamsi ipsorum nulla habita fuerit mentio, & hoc ut ipsi post patris mortem habeant, unde honeste vivere possint, ut sentit Franciscus Molina *de rit. nuptiar. lib. 3. qu. 10. num. 27. & seq.* Quare patri donatis in his rebus omnis alienatio prohibita est, easque debet integras filiis nascituris reservare, qui tandem patre mortuo, succedunt uti filiis, non uti heredes, eoque nullum jus in ipsis quæritur creditoribus patris, ut decisum refert Staibanus *resolut. 23.*

IV. Si matrimonium ante patris mortem

tem nullis inde susceptis liberis dissolutum fuerit, res ita donatæ filiofamilias non acquiruntur; sed per ipsum juxta regulas transeunt in patrem. Probant hoc, quod Papinianus ideo statuerit posse filiam prædia sibi dotis causa donata jure præcipui retinere, quia matrimonium post mortem quoque patris steterat, ut ibi notat Fulgosius *num.* 2. Cardinalis Zabarella *consil.* 152. *num.* 2. quibus accedit Barbosa *cit. n.* 8. ea ratione, quia pater in dubio censetur voluisse id, quod lex disponit, *l. uxorem §. testamento*, ubi Bartolus, *ff. de legat.* 2. hoc est donationem ad ipsum patrem, a quo profecta fuit, reverti.

V. Itaque matrimonio non secuto res donatæ patris manent, nec filiofamilias adquiruntur; propterea quod ideo substinetur donatio, quoniam matrimonium est, eoque cessante donationis validitas cessat: Barbosa tamen *num.* 5. ita hanc donationem restringit, ut velit res donatas apud filiumfamilias posse manere, si pater ita velit, quod probare nititur primo ex *l. si extraneus in fine ff. de condictione causa data*, in qua dicitur, ut ipse fingit, filiam in potestate posse sibi retinere res causa dotis sibi a patre donatas, etiam non secuto matrimonio, si evidentissime constiterit hanc fuisse patris voluntatem. Sed fallitur, nam ibi omnino alia species est; proponitur enim patrem filiæ nomine dotem genero dedisse, & pactum esse, ut quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur: accidit nuptias non esse secutas, quare dubitatum est, cui condictio competat, patri ne, an filiæ; & responsum est quod licet pater convenerit de iis solum casibus, qui matrimonium sequuntur tamen, quamvis nuptiæ pactæ non sint, posse patrem condictionem proponere, quasi causa non secuta. Excipit ibi jurisconsultus casum unum, nisi evidentissimis probationibus filia ostenderit, hoc pactum ideo patrem fecisse, ut ipsi filiæ magis, quam sibi prospiceret. Ubi notandum contra Barbosam, patrem hic non donasse filiæfamilias, sed genero nomine filiæ dotem tradidisse, & filiam retinere res in dotem datas, sed eam contradicere, si ita appareat patrem voluisse, itaut filiæ non adquiritur eo casu res donata, sed actio; cum autem post condictionem res eas adquisiverit, si quæras cujusnam erant, respondeo fieri patris; ita enim regula est, contra quam nihil in ea lege statuitur. Probat secundo ex *l. Cajus in fine ff. soluto matrimonio*, ubi supponitur posse mulierem retinere dotem sibi datam per Avum, cum tamen certum sit, facta post matrimonium solutum dotis restitutione, nomen favoremque dotis cessare, eoque filia capax dotis est, donationisque, quantumcunque cesset consideratio matrimonii contracti. Ceterum facilis responsio est, in ea lege non de dotis profectitiæ retentione agi, sed de adventitiæ repetitione, utpote quæ ab avo materno constituta fuit; cum autem dos repetitur, favorem dotis durare dubium non est. Atque pauca hæc de donatione nuptiarum causa facta in gratiam Pragmaticorum notasse sit satis.

DO-



DOMINICI AULISII

JC. CLARISSIMI

LIBER SINGULARIS

De Censibus.



Ensum origo non admodum vetusta videtur, ut de quibus in jure Romano nulla usquam expressa mentio extet. Sunt qui putant, contractus ejus inducendi occasionem homines lucri cupidos habuisse ex prohibitis in mutuo usuris; cum enim ex præcepto Christi ereptas sibi viderent usuras, nummos egentibus tanquam venditoribus dare cæperunt, quibus ipsi annuum, vel menstruum in rebus eorum emerent, quod esset vice usurarum. Et certe in censuali contractu facile est in usurariam pravitatem prolabi, ad quam coercendam tot Sanctorum Pontificum Leges, seu Extravagantes, & Bullæ sancitæ sunt, quarum finibus si quis se contineat, utique longe aberit, ut in censu contrahendo usuram admittat; nam Molinæi in *tract. de commerciis*, & Salmasii *de fœnore trapezitico*, calumnia est, census in vicem usurarum inductos esse a Romanis Pontificibus, ut proscripto Usurarum invidioso nomine, rem ipsam, hoc est, ipsas usuras retinerent. Quam hæreticorum insaniam in progressu diluemus. Interim notabimus censuum originem non adeo recentem esse, ut vulgo opinantur; quippe census reservativi illustria extant vestigia, *Genes.* 47. ubi Joseph agros, quos ab Ægyptiis emerat Regi, iisdem ea lege restituit, ut quartam partem fructuum Regi præstarent. Census item

item consignativi exemplum habemus in *Novella Justiniani* 160. *collat.* 10. Narrat enim Aphrodisiensis Reipublicæ Patrem, hoc est, patronum, & defensorem, Primoresque civitatis, magnam pecuniæ summam, ne sterilis & otiosa maneret, distribuisse ea lege, ut qui partem aliquam illius reciperet, non compelleretur eam restituere, nisi vellet; quamdiu tamen eam retineret, certum aliquem annuum reditum civitati penderet. Ex hisce parvis initiis censuum usus adeo hodie increbuit, ut vix quidquam in humanis commerciis frequentius accidat, fitque jam hæc tractatio ex præcipuis nostri juris una, quam hic certa via, certaque ratione explanare operæ pretium est. Sit ergo.

C A P. I.

De nomine, & substantia Census.

Census nomen in jure civili varie sumitur, Covarruvias 3. *var.* 7. Molina *disp.* 381. I. Census erat, cum cives Romani omnes ex instituto Ser. Tullii Regis per singula lustra jurejurando dato, nomina sua, uxorum, liberorum, libertorum, servorumque suorum in Campo Martio profitebantur: præterea ætatem omnium, regionem, quam habitarent, & fortunarum, seu bonorum suorum æstimationem referebant, ut ita & numerus eorum, qui arma ferre possent, & pecuniarum magnitudo, quibus bellorum sumtus sustinebantur, ostenderetur, *l.* 2. §. *post deinde ff. de orig. juris*. Vide Sigon. 1. *de antiquo jure Civium Rom.* 14. Huic censui aliqua ex parte respondet focorum numeratio, quam in Regno nostro habemus.

II. Hinc factum, ut census pro bonis, fortunisque omnibus usurpatus sit, ut in illo, *Dat census honores*, *l. cogi in princ. ff. ad Trebell.*

III. Census in *tit. ff. de censib.* & *tit. C. eod. lib.* 11. dictus est tributum, quod prædiis Provincialibus imponebatur, fisco solvendum; omnes enim pro iis agris, quos possidebant, publicas pensitationes pendebant, ut etiam habetur in toto titulo Codicis *sine censu*, *vel reliquis fundum comparari non posse*, ubi reliquorum nomine intelliguntur census, quos venditores prædiorum fisco debent, necdum persolverunt; quamvis aliquando reliqua generalius pro omni residuo debito usurpentur, *l.* 24. *ff. ad municipalem*, *l.* 102. §. 2. *ff. de solutionibus*, *l.* 46. *ff. de admin. tut.*

Ex hac census significatione pro tributo publico, factum est, ut eodem vocabulo appellaretur pensio, aut præstatio quæcumque annua, seu menstrua, debita etiam privatis, quæque in emphyteusi Canon dicitur. Atque ita in hoc tractatu Census nomen venit; ita tamen, ut aliquando non significet ipsam pensionem certa specie præstandam, sed jus talem pensionem percipiendi; imo aliquando denotet contractum, vel quasi contractum, quo jus comparatur, & acquiritur. Prima significatio est materialis seu naturalis, secunda formalis seu juridica, tertia causalis. Gibalinus *part.* 2. *de Usuris cap.* 6. *art.* 1. *in fine*.

Census ergo formaliter, seu juridice acceptus, definitur, est jus percipiendi annuum, vel menstruum ex re, vel persona, vel re utili alterius. Explicatur definitio.

Dicitur jus, tum loco generis, ut cum servitutibus conveniat, quarum in numero census esse videtur; quippe servitus in genere est onus rei alienæ injunctum, quo servit rei, vel personæ, quæ in singulos annos ex re solvitur.

Dicitur percipiendi, ut distinguatur a mutuo; quippe mutuator nullum jus habet ex re mutuo data quidquam percipiendi, tamquam ex mutuo, alioqui in usuræ crimen incidet; eadem de causa distat ab antichresi, pignore, & similibus. Duardus in *proœm. constit. Pii V. q.* 9. *n.* 8.

Dicitur annuum, vel menstruum, idest pensionem, vel materialem censum, qui in pecunia, vel fructibus consistit. Hæc pensio vel solvitur tota simul, in singulos annos semel; vel tribus in annum præstationibus, unde tertiarum nomen descendit.

Dicitur ex persona, vel re; hæc enim habentur ut subjectum, in quo census constitui potest, quod aliquando est persona, quæ ad dandam illam pensionem obligatur; aliquando est res ipsa, quæ ita pensioni obnoxia est, ut illud onus secum ferat quocunque transeat. Unde oritur distin-

ctio

ctio census in realem, & personalem, de quibus infra.

Dicitur utili, seu frugifera; alioqui enim ex ea pensio percipi non potest, & proinde census inutilis est. Vivius *decis.* 369. *num.* 11. Pratus 1. *qq. forens. cap.* 25. *num.* 21. Sed de hac re infra latius.

Dicitur alterius; quia cum census sit quædam servitutis species, rei, vel personæ imposita, necessario fit, ut in re aliena constituatur; nam res sua nemini servit, *l. uti frui ff. si ususfr. petatur.* Hinc census differt a jure Canonis emphyteutici, quem proprietarius e re sua percipit, cujus utile tantum dominium in emphyteuta est; eademque de causa differt a libello, & superficie, & feudo, ob quod Baro pensionem, quæ adhoa dicitur, solvat.

Ex his patet I. non recte ab aliis censum definiri per contractum, non solum quia hæc significatio materialis est, verum etiam maxime, quia potest census sine contractu constitui, per ultimas voluntates, legando, fideicommittendo, & similiter, ut latius suo loco dicemus.

Patet II. Censum neque inter bona mobilia, nec immobilia connumerari posse; quippe jura omnia, utpote incorporalia, tertiam quandam bonorum speciem constituunt, distinctam a rebus soli, & mobilibus, quæ corporalia sunt. Sed pro clariori intelligentia sit

QUÆSTIO

Utrum Census rerum immobilium nomine comprehendatur.

QUoniam jura rebus cohærere dicuntur, non modo si realia sint, sed etiam si personalia, ut patet ex eo, quod ususfructus jus in corpore dicitur, quo sublato & ipsum tolli necesse fit, *Institutionib. de ususfr. in princ.* hinc fit, ut si rebus immobilibus cohæreant, & ipsa immobilia censeantur: e diverso mobilia, si mobilibus. Propterea annui redditus inter immobilia censentur jure, ut dicitur in *Clem. Exivi* §. *eumque annui ff. de verb. signif. cap. quærelam de elect. l. jubemus*, ubi Gloss. & Bald. *num.* 5. *C. de Sacr. Eccl.*

Hoc verum est, si annuus reditus, sive census sit realis, & præterea perpetuus, saltem habitu, quia vel redimi non potest, vel non nisi ex parte debitoris; nam si brevi tempore sit duraturus, e numero immobilium excluderetur, Federicus Martinus *de jure census cap.* 1. *num.* 102. Duardus *loc. cit. qu.* 10. *num.* 40 Franch. *dec.* 314. aliique communiter. Tempus perpetuum in jure vocatur 30. annorum, Felinus in *cap. sicut num.* 30. *de sententia excommunicat.* & longum tempus est annorum decem, Gloss. & DD. in *l. cum in rem ff. de usuris*; & census ad longum tempus etiam pro re immobili habetur, Gordonius *lib.* 4. *qu.* 7. *cap.* 7. *n.* 18. sicuti quoque census vitalitius, Gratian. *discept. forens. cap.* 756. *num.* 20.

Verum etiam est, ubi non repugnat verba improprie accipi: quippe improprie stabilium nomen census complectitur, cum non sit proprie tale, quod pro tali habetur, ut ait Bart. in *l. si maritus* §. *leges ff. ad leg. jul. de adulter.* Quare in statuto pœnali, exorbitanti, & correctorio, sub nomine stabilium census non complecterentur, cum in ipso verba proprie debeant interpretari, Peregrinus *conf.* 19. *num.* 12. & *consil.* 20. *num.* 15. *lib.* 3.

Hinc I. fit, ut sub legato rerum immobilium etiam census comprehendantur, ut est communis opinio, Gibalinus *d. cap.* 6. *art.* 1. *n.* 6. Petra ad *Ritum M. C.* 216. contra Panorm. in *cap. nulli num.* 9. & *seq. de reb. Ecclesiæ alien.* qui nititur in eo, quod in testamento verba sunt proprie accipienda ex *l. qui heredi ff. de condit. & demonstr.* ubi tamen nihil habetur, quod ad rem nostram faciat.

II. Ut prohibita rerum stabilium alienatione, census distrahi non possint, Marin. 1. *resol.* 28. contra Cavalcan. *dec.* 16.

III. Ut qui censum habet, relevetur in judicio ab onere satisdandi, tanquam immobilium rerum possessor, Bellon. *conf.* 23. *num.* 9. Bossius *hoc tit. art.* 15. *num.* 37.

IV. Ut pecunia, quæ jussu testatoris, vel pacto contrahentium in rerum stabilium emtionem collocari debet, rite in census emendos erogetur, Alcibiad. Lucerin. 5. *observ.* 3. *num.* 2.

V. Ut Fratres Minores, qui immobilia ne-

nequeunt acquirere, sint etiam horum censuum incapaces, *d. Clem. Exivi*, ubi Anchar. *n.* 21. etiamsi ipsis ad alimenta legentur, Federicus de Senis *cons.* 12. *num.* 4.

Et ita progrediendo, alia possent plurima colligi, inter quæ præcipuum est, ut census eo in loco dicatur existere, ubi fundus censitus existit, quamvis alioqui jura loco non circumscribantur, *l. Cajus ff. de legat.* 2. *l. fideicommissum ff. de acqu. poss.* Ita Parlador. *rer. quotid. cap.* 3. §. 8. *num.* 13. & decisum refert Marin. 1. *resol.* 11. *num.* 5. Quocirca, censito fundo in districtu nostræ Urbis existente, census ex bonis maternis ab intestato est restituendus proximioribus ex linea matris, & ex bonis paternis, proximioribus ex linea patris, juxta *Consuetudinem si quis vel si qua*, ubi Provenzal. *obs.* 17.

Ita quoque census ex bonis antiquis intra districtum Urbis nostræ ex testamento debet pro dimidia parte remanere apud illos, è quorum stirpe progressus est, juxta *Consuetud. Etsi testator*, Marin. 1. *resol.* 70. *num.* 31.

Illud notandum est, quod etsi fundus censitus extra Urbis districtum existat, census tamen dicatur intra districtum esse, quoties conventum est, ut solutio annuæ pensionis in Urbis districtu fiat, cum solutionis locus debeat attendi, *l. contraxisse, ff. de act. & oblig. l.* 3. *ff. de bonis auct. judicis possid.* Franch. *decis.* 93. Montan. *contr.* 8. *num.* 4. Amat. *cons.* 71. *num.* 31. Molfesius ad *consuet. part.* 2. sub *tit. de bonis, quæst.* 12. *num.* 12.

Sed vero ipsæ pensiones annuæ maturæ, necdum exactæ, alio jure utuntur, utpote quæ inter bona mobilia computantur, tanquam fructum jam a solo separati, ut bis in Rota Romana decisum referunt Ludovicus Cencius *qu.* 30. *num.* 25. Duard. *d. qu.* 10. *num.* 42. contra Fridericum Martinum *de jure cens. cap.* 1. *num.* 105. qui putabat, pensiones maturas non posse comparari fructibus collectis, sed tantum fructibus maturis, qui adhuc pendeant; ut propterea sicut isti pro immobilibus habentur, tanquam fundi pars, *l. fructus ff. de rei vind.* §. *Julianus* §. *si fructum ff. de act. emti*; ita quoque inter immobilia erunt pensiones maturæ, necdum exactæ. Quæ opinio de rigore juris verior est.

CAP. II.

De divisione Census.

PRima divisio Census est in Reservativum, & Consignativum. Reservativus est jus percipiendi annuum reditum, quem sibi aliquis reservavit ex re, cujus plenum dominium transtulit in alium. Et ab hoc omnis usuræ & injustitiæ suspicio abest, nisi forte pensio esset immodica, & fundi fructus excederet; si enim contractus emphyteuticus justus ab omnibus reputatur, quamvis vi illius emphyteuta quidpiam annuum præstet; eo magis justus erit census iste, ubi censuarius non solum utile dominium acquirit, sed etiam directum. Unde non solum eum comprobant leges civiles in *l. ult. ff. de contr. emt.* & *l. ult. C. de rer. permut.* & in *l.* 8. *C. de condict. ob causam*, sed etiam jus Pontificium in *cap. constitutus, de relig. domib.* Præterea eo usus est pariter Joseph tempore, quo Ægyptum regebat, ut diximus ex *Genes.* 47.

Constituitur hic census pluribus modis. I. Conceditur fundus, aut res alia immobilis cum pleno dominio, reservato sibi annuo, nulla facta mentione pretii, neque adjecta facultate redimendi pro certa pecuniæ quantitate. Qui contractus, cum nullam habeat immistam venditionem, propterea non est in eo locus retractui, seu juri protomiseos, Duardus *loc. cit. q.* 16. *num.* 25.

II. Idem est, si concedatur facultas censuario redimendi, aut extinguendi censum, certa aliqua pecuniæ quantitate, *l.* 2. *C. de pactis inter emtor. & vendit.* Quod si pretium pro redemtione definitum foret nimium, contractus non dicetur usurarius, sed injustus Molina *tract.* 2. *disp.* 382. *num.* 2.

Consignativus census est, qui super rebus propriis, illisque retentis, alteri assignatur, & definitur a Giballino *loc. cit. art.* 4. *num.* 1. Est jus percipiendi certum reditum, aut pensionem annuam, vel menstruam super re, vel persona alterius constitutum. Et de hoc maxime agunt Con-

 sti-

stitutiones Pontificiæ, & disputant Theologi, & Canonistæ, ob periculum usurariæ pravitatis.

Constituitur, cum quis pecuniam mihi ut pretium tradit, pro quo ei vendo non pensionem solvendam, aut prædium meum, sed jus ad eam pensionem: quippe res censui subjecta manet semper in pleno jure, & dominio meo; qui censum, seu jus vendo; præterquamquod si res intelligeretur vendita, multo majori pretio ad eam comparandam fuisset opus, quam pro censu solutum est. Sotus 6. *de justitia quæst.* 5. *art.* 1. *concl.* 4.

Circa censum hunc apud nos observatur Bulla Nicolai V. temporibus Alphonsi Regis Aragonensis lata, quam vide in nostris *Pragm. tit. de censib. pragm.* 1. Ex ea plura requiruntur, quæ hic nunc breviter adnotare necesse est. I. Ut contrahentes nihil sentiant de mutuo; sed animum habeant revera emendi, & vendendi. II. Ut census imponatur in re frugifera, stabili, vel quæ habeatur pro stabili; ubi tamen nullo de certis rei finibus mentio habetur. III. Ut pactum de redimendo sit ab libitum debitoris, qua ratione sors dicitur demortua. IV. Ne excedant denos aureos in singulos centenarios. Tandem, ut pactum pro securitate census apponatur.

Observandum hic est, censum consignativum duobus etiam casibus dici. I. Cum conceditur fundus certo pretio, eo tamen pacto, ut donec pretium illud persolvatur, præstetur annua quædam pensio pro ratione fructuum. II. Si prædium certo pretio vendatur; quia tamen emtor solvendo non est, censum super eodem prædio pro summa debita constituit. Quibus in casibus duæ venditiones intercessisse dicuntur; nam primo est venditio prædii, cujus dominium per traditionem, vel per constitutum, & precarium emtor acquisivit, 2. Vendit ipse priori venditori annuum censum in re, quæ jam sua effecta est. Idem Gibal. *art.* 3. *num.* 8. & 9.

II. Divisio census ratione pensionis solvendæ est in pecuniarium, cujus pensio solvitur in nummis; & fructuarium, cum pensio in fructibus consistit: & aliquando assignatur certus numerus, seu certa quantitas, sive fructus eo anno colligantur, sive non, v. g. tot vini amphoræ, tot tritici modii: aliquando vero assignatur quota pars fructuum, qui eo anno colligentur, ut tertia, quarta, & similiter. Priori casu census dicitur certus, posteriori incertus. Hic census in Hispania non est receptus, Felician. 1. *de censib.* 4. *num.* 15.

Potest census pecuniarius transire in fructuarium, si creditori prædium assignetur pro faciliori exactione; & erit sine labe usuræ, etiamsi fructus pecuniæ summam excedant, ob incertum proventum, *l. si ea pactione*, *l. oleo C. de usur.* Covarr. 3. *var.* 7. *num.* 3. Capyc. *decis.* 159. *num.* 16.

III. Divisio est in Perpetuum, Temporalem, & Vitalitium. Perpetuus est, qui semper durat, ubi pecunia, quæ datur tota simul, postea per partes recipitur, sed cum grandi accessione; nam cumulus, seu aggregatio omnium pensionum simul longe excedit pecuniam unica tantum vice solutam.

Temporalis est, qui pro numero certo annorum constituitur, & licite emitur minori etiam pretio, quam sit cumulus omnium pensionum solvendarum; nemo enim unus daret simul mille aureos, ut per annos decem illa recuperaret, & singulis annis centum tantum reciperet, Molina *disp.* 386. *num.* 5. Covarr. 3. *var.* 7. *num.* 4. qui notat censum hunc in foro non esse receptum, & decisum testatur Gratianus *cap.* 141. *n.* 21. quamvis oppositum dicat Anchar. *cons.* 30. *n.* 5. Socc. Sen. *rubr. de usur. num.* 103.

Vitalitius conferri potest in vitam emtoris, aut venditoris, aut alterius cujuscumque, consensu contrahentium designati, qui licitus est, non obstante quod pensiones solvendæ sint fortassis superaturæ pretium, quod datur, ut infra disputabimus, Binsfeldus in *cap. in civitate q.* 12. *de usuris*, Salas *hoc tit. dub.* 5.

Circa hunc censum plura notanda sunt. I. Sortem finito censu non repeti, sed omnino intelligi demortuam; quod idem esset in censu temporali, si alicubi reciperetur, Marin. 1. *resol.* 306. *num.* 5.

II. Æstimationem census vitalitii, si esset vendendus, varie definiri; nam si constitutus sit inter vivos, æstimatio desumitur ex textu in *l. si quis argentum* §. *in*

1e-

redditibus C. de donationibus, hoc est, ea facienda est pro annis quindecim; prorsus ut danda cautio sit, de supplendo, si citius moriatur, & de restituendo, si longius supervivat. Quod si constitutus sit in ultimis voluntatibus, æstimatio fit per annos 30. juxta textum in *l. hereditatum vers. solitum est tamen ff. ad leg. Falcid.* Hæc omnia habes apud Afflictum *dec.* 34.

III. Maritum, qui censum vitalitium pro dote recepit, non obligari soluto matrimonio annuos reditus perceptos restituere; nam illi reditus habentur ut fructus dotis, qui non restituuntur, sicuti nec obligatur restituere fructus, quoties in dotem usumfructum accepit, *l. cum in fundo ff. de jure dotium*, *l. usufructu ff. sol. matrim.* Gutierez *de tutelis part. 3. cap.* 35. contra Sarmiento apud Gratianum *cap. 756. num 6.*

IV. Censum vitalitium perimi, extincta re, cui innititur, etiamsi vivat is, cui debetur, Jas. in *l. 1. num. 63. C. de SS. Trinit.* Albericus in *l. jubemus C. de Sacros. Eccl.* Exemplo ususfructus, qui etiamsi debeatur quoad fructuarius vixerit, tamen si ante mortem res extinguatur, perimitur etiam ususfructus, *l. corruptione C. de usufr.*

Tandem in censu vitalitio licite convenitur, ut mutari possit de una in alteram personam æqualis & sanitatis, & ætatis, Filiucc. ad 2. *Decal. præceptum cap. 21. dub. 6. num. 61.*

IV. Divisio est ratione pacti; nam census aliquando est redimibilis, aliquando irredimibilis. In Regno nostro ex Bulla Nicolai redemtio nunquam relinquitur arbitrio emtoris, sed solum venditoris census, seu debitoris, qui & censuarius dicitur.

Notandum hic, divisionem census in Realem, Personalem, & Mistum, esse potius subdivisionem census consignativi, qui solum in has species dividi potest, cum reservativus sit tantummodo realis. Itaque realis est, cum constituitur super re aliqua, qua pereunte perit. Personalis est, cum constituitur super ipsa persona, etiamsi illi aliquando accedat hypotheca, quæ solum adjicitur, ut censualista sit tutus. Mistus constituitur immediate super re, & persona simul, prorsus ut pereunte re, remaneat tamen obligata persona.

Census personalis ex Bulla Nicolai V. est illicitus, cum requirat rem stabilem. Vide Marin. 1. *resol.* 28. *num.* 5. Nihilominus in natura rei, & seclusa lege humana prohibente, liceret censum personalem emere; quando persona, in qua census constituitur, esset aliqua ratione frugifera, hoc est, esset ejusmodi, ut vel aliqua bona habeat, vel industria sua, & labore, vel quapiam alia ratione posset aliqua acquirere, quibus censum solvat: alioqui inutilis foret hic census. Transiret præterea ad heredes pro viribus hereditatis. Vide Gibalinum *loc. cit. art. 7. num.* 3.

Ideo autem census reservativus personalis esse non potest; quia nemo dominium suæ personæ, sicut rei suæ, in alium transferre potest, itaut reservet sibi annuam pensionem super suis laboribus, & industria, sive super rei suæ fructibus. Posset tamen census reservativus constitui in persona servi, cujus plenum dominium quis transferat in alium, reservata sibi pensione super ejus laboribus. Ita post Innoc. & alios Cencius *qu.* 4. *num.* 5. Duard. *loc. cit. q.* 23. Gibal. *art. 3. num.* 3.

Objicies I. Homini libero, & Civi Romano majori 25. annis licet ut patiatur se venundari ad pretium participandum, *l. 5. ff. de statu hominum*; quod olim maxime erat in auctoratis, hoc est, in iis, qui se lanistæ, ut domino, corpus, animumque adducebant, jurabantque uri, vinciri, verberari, ferroque necari, & quidquid aliud lanista ob munus gladiatorium jussisset, de qua re vide Lipsium 2. *Saturnal. cap.* 3. & 5. Ergo etiam licitum erit personæ suæ in alterum transferre dominium, tanquam per auctionem, seu venditionem, censu reservato.

Sed respondemus, has venditiones esse hodie sublatas ex *Novella* 59. Leonis Imperatoris, qui jubet contractum esse inutilem; præterea venditorem, & emtorem liberi sanguinis fustigari; Salmasius *de modo usurarum cap. 19. pag.* 800.

Objicies II. Potest quis se dare alteri in adscriptitium, itaut alienis agris colendis sit perpetuo addictus, uti servus, *l. dintius C. de agricolis & censitis, lib.* 11. Quare quid simile licebit pro censu reservativo personali facere.

Ee

Respondetur, adscriptitium in pluribus liberum manere, ut qui aliqua possidere potest, *l. hi C. cit. tit.* præterea possunt ad ordines Ecclesiasticos promoveri, etiam domino nolente, quod servis non licet, §. *si servus* §. *adscriptitios*, *auth. de Sanctiss. Episc.* Vide latius Gloss. in *d. l. diutius v. intelligatur*.

Q U Æ S T I O I.

An pactum commissi in Censu reservativo valeat.

POne : tibi prædium meum frugiferum dedi, reservato mihi annuo censu, sub ea lege, ut res, in qua constitutus est census; ad me, qui contuli, redeat, si per certum tempus pensio mihi soluta non sit. Hoc dicitur pactum commissi, & quæritur an jure subsistat.

Communis opinio est, pactum esse validum, & contractum rescindi, Covar. 3. *var. 7. num.* 1. Molina *disp.* 381. *num.* 5. & *disp.* 390. *num.* 12. Ugolin. *de usur. cap.* 43. *n.* 3. Leotard. *eod. tract. q.* 41, *n.* 41. aliique cum Gibal. *art.* 3. *num.* 1.

Probant id I. quia pactum istud nec est contra essentiam census reservativi, nec est injustum. Non est contra essentiam, quia ad eam non exigitur, nisi ut super tradita re cum pleno ejus dominio, quidpiam annuum, aut menstruum reservetur, ut colligitur ex *cap. constitutus, de relig. domib.* & *l. ult. C. de rer. permut.* Non est injustum, quia in emtione & venditione justum reputatur pactum, ut pretio intra certum tempus non restituto, res ad venditorem revertatur, *l. qui ea lege C. de pactis inter emtorem*; cui simile est pactum, ut non solutis intra certum tempus pensionibus, contractus in censu reservativo rescindatur. Hinc fit, ut conditio ista nec injusta, nec contra naturam contractus, ex placito contrahentium apposita, servanda sit, *l. ult. C. cit. tit.*

Hanc communem sententiam evertere conantur Felicianus *hoc tit. num.* 24. *in præfatione*, & Rodericus 1. *de annuis reditibus qu.* 22. *n.* 42. sed alia, atque alia ratione. Nam Felicianus contendit ejusmodi conditionem esse contra substantiam census reservativi, cui essentiale est ne res, cui impositus est, incidat in commissum ob non solutam pensionem; alioquin posita ea pactione transire in emphyteusim, & iisdem cum ea legibus definiri, & regi.

Quod tamen non placet; nam posito pacto commissi ob non solutam pensionem, non statim sequitur, censum istum transire in emphyteusim; nam adhuc invicem distinguerentur ex plurimis, & præcipue ex eo, quod in emphyteusi non transfertur plenum jus, & dominium rei in emphyteutam, uti transfertur in censuarium in isto contractu. Nec verum est, ad ejus essentiam exigi ne res incidat in commissum, cum satis sit, ut super tradita re cum pleno ejus dominio, quidpiam annuum, aut menstruum reservetur, ut colligitur ex *cap. Constitut. de religios. dom.* & ex *l. ult. C. de rer. permutat.*

Alia via pactum istud impugnat Rodericus, scilicet, quia censui reservativo censetur appositum in fraudem usurarum, eo quod adjicitur quantitati.

Omnino tamen falsum est adjici quantitati, seu summæ, cum prorsus adjiciatur ipsi rei, in cujus traditione dominus quam libuerit conditionem justam adjicere potest, ex *d. l. ult. C. de pactis inter emtorem*. Quod patet exemplo ipsius emphyteusis, in qua pactum commissi ob non solutam pensionem apponi dicitur ipsi rei, non etiam quantitati; nec ulla hac in re est dispar ratio inter emphyteusim, & censum reservativum.

Posset etiam opponi ex Bulla Nicolai V. in censu hoc sortem esse demortuam; ergo nullo casu redire debet ad antiquum dominum.

Verum pro responsione dicimus, hoc quoque casu sortem de natura contractus haberi, ut demortuam domino; & solum ad eum redire ob culpam Censuarii; qui non solvit pensiones, ut debet: Posito enim, eum censualistæ rite facere satis, utique sors huic erit demortua. Ita simile est in emtione, cujus natura est ut dominium perpetuo jure in emtore transferatur: & per accidens solum dicitur revocari, quoties ipse emtor pretium intra certum tempus statutum non solvit, *d. l. qui ea lege C. de pactis inter emtorem*.

Ex

Ex his oritur altera difficultas, quare sit

QUÆSTIO II.

Utrum in dubio contractus præsumatur Emphyteusis, an Census reservativus.

THema est. Quis prædium alterius accipit cum onere solvendi tot annua; ita tamen, ut non exprimatur, utrum prædium habeat, ut recreet, vel melius & cultius reddat, quo casu citra dubium esset emphyteusis; an ut prædium transeat cum omni jure, & dominio utili, & directo; quippe tunc expresse erit census reservativus: ut dubium omnino sit de quo contractu ipsi contrahentes senserint: quæritur quid de jure statuendum sit.

Prima opinio est contractum in dubio haberi, ut censualem, ad evitandam pœnam commissi, quippe si haberetur, ut emphyteuticus, tunc ob non solutum canonem, res una cum emponematis ad dominum suum reverteretur, *l. 2. C. de jure emphyt.* e contrario si est censualis, censuarius retinet rem, & solum cogitur ad census solutionem. Ita Menoch. 3. *præsumt.* 106. *num.* 3. Covarr. 3. *var.* 7. *n.* 1.

Confirmant ex eo, quod in dubio interpretatio facienda est contra eum, qui potuit, & noluit se clarius explicare, *cap. contra, de reg. jur. in 6. cap. in præsentia, de præbendis*: at dominus in concedenda re sua, poterat suam mentem clarius aperire: ergo contra ipsum facienda interpretatio est.

Secunda opinio est contractum præsumi potius emphyteusim quia in dubio favendum est domino; neque ullo eo casu præsumendus est se omni rei suæ dominio abdicasse, Butrius *in c. 1. num. 68. de restit. in integr.*

Tertio alii docent, nullam certam, & universalem regulam tradi posse, sed ex variis conjecturis, & circumstantiis rem in singulis casibus deficiendam esse, Duard. *l. c. qu.* 13. Gibalin. *art.* 3. *n.* 1. *sub finem* si pensio, quæ solvitur, tenuis sit, præsumitur emphyteusis; quia emphyteutæ ob devolutionem, & alia onera, quibus subsunt, tenuem semper pensionem proprietario præstant, *d. l. 2. C. de jure emphyt.* Paris. *lib.* 2. *cons.* 28. *num.* 50. Ita quoque, si Ecclesia sit, quæ rem suam alteri concedat sub annua pensitatione, ejus favore etiam emphyteusis censeretur, ad hoc, ut res per devolutionem facile possit ad Ecclesiam regredi, Butr. *loc. cit.*

QUÆSTIO III.

De hypotheca Census consignativi, & reservativi.

PRædium, ex quo census consignativus solvitur, intelligi pro ipso censu hypothecatum constat inter omnes, itaut quoties censuarius annuum reditum non solvit, possit actione hypothecaria prædium ipsum conveniri, etiamsi in alienas manus transierit. Quod probatur ex *l. Imperatores ff. de public. & vectigal.* ubi Papin. hæc habet: *Imperatores Antoninus, & Severus rescripserunt, in vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri; & ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros.* Et licet in eo textu sermo sit de publicis censibus, nulla tamen adest ratio, cur idem in censibus privatis locum habere non debeat. Idipsum aliqui colligunt ex mente Summorum Pontificum, ut Martini V. in *extrav. regimini, de emt. & vendit.* ubi habetur, censum constitui in stabilibus, quod etiam voluere Calistus III. Pius V. & Nicolaus V. quasi ex eo, quod in fundo res constituitur, vel ex fundo, seu de fundo debetur, statim sequatur fundum pro ea esse hypothecatum, quod argumentum infirmum esse, demonstravimus in *tract. de pign. & hypoth.* ex *l. fin. §. 1. ff. de contrah. emt.* ubi L. Titius, qui promisit de fundo suo annuam præstationem, ipse convenitur, non etiam fundi possessor, licet ei venditus fuerit his verbis: *Quo jure, quave conditione prædia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur*; hoc est, præstationem de fundo faciendam nullam inducere hypothecam, Gomez. 2. *var.* 15. *nu.* 21. quod etiam est, si super fundo constituatur; nullo enim jure probatur particulam *super*, hypothecam inducere, quidquid velit Gigas *de pensionib. qu.* 51. *nu.* 1.

Est

Est tamen hic notandum, hypothecam duplicis esse generis. Una enim regularis est, quæ obligationem personalem supponit, quæ personalis obligatio remanet, etiam re hypothecæ supposita extincta, *l. sicut*, *l. Lucius ff. quibus modis pign. solvitur*, *auth. hoc si debitor C. de pignor.* propterea post rei obitum, debitor ad solutionem cogitur, ex *l. cum notissimi C. de præscript. 30. vel 40. annorum*.

Altera est irregularis, quæ extincta re extinguitur, non modo ipsa, sed actio etiam personalis: quod quia est contra juris regulas, propterea irregularis hypotheca appellatur. At e contrario extincta personali actione ob mortem debitoris, & defectum heredis, quia res hypothecata superest, remanet cum ea reaus actio, *l. intelligere debes C. de luit. pignoris*, ubi dicitur vincula pignoris durare, personali actione submota.

His positis, hypothecam census esse irregularem dicimus: quippe re censita extincta, obligatio personalis perit, itaut debitor, ipsiusve heres amplius ad census præstandos non sit obligatus, ut patet ex Bulla Pii V. *clauf. 8.* ibi: *Re in totum, vel pro parte peremta, vel infructuosa in totum, vel pro parte effecta, volumus pro rata perire. Si vero pro uno anno sit infructuosa, non perit census, si compensetur ubertate aliorum annorum*.

Hinc I. fit, possessorem rei censitæ actione hypothecaria posse directo conveniri; ut ei non liceat opponere, ut reus principalis excutiatur, quæ tamen exceptio in hypotheca regulari licita est, *l. 1. §. si heres C. ad Trebell.*

II. Re censita pluribus per partes vendita, dominium census, actione hypothecaria quemlibet in solidum convenire posse, ne jus creditoris facto debitoris deterius reddatur, Marin. 1. *resol.* 13.

III. Debitorem non conveniri, re extincta, quamvis hypotheca regulari remissa obligatio personalis remaneat, *l. 2. C. de luit. pignoris*, Bartolus in *l. si pignus ff. fam. ercisc.*

Dubium tamen est, num hæc eadem locum habeant in censu reservativo? Et difficultas oritur ex eo, quod super re propria dominus servitutem, aut hypothecam in sui ipsius utilitatem constituere non potest, sive suam sibi rem oppignorare ut alio loco probavimus ex *l. pignus ff. de reg. juris*, & ex *l. in rem propriam ff. de verb. obl.* Id tamen verum est, quando ea res ejusdem domini manet, secus quando dominus ejus rei dominium in alium transfert, quo casu cum rem eam sibi hypothecat, res aliena hypothecæ supposita dicitur, ut patet ex eo, quod prædii venditor potest id prædium sibi hypothecare, donec pretium solutum sit, Gibalin. *art. 3. n. 2.* qui notat, hanc hypothecam non intelligi inductam, quamvis dicatur censum solvi debere ex fundo, vel de fundo, aut super fundo, ex *d. l. fin. §. 3. ff. de contr. emt.* nisi præterea accedat mens promittentis, & contrahentis ex variis circumstantiis conjicienda.

Hæ circumstantiæ sunt I. si reditus promissus ex fundo, vel de fundo, sit ad alimenta, quorum favore hypotheca inducta censetur: quod idem esset, cum reservatur pensio ex fructibus beneficii, Gigas *de pensionibus p. 51.* Garsias *de pension. q. 9. n. 5.*

II. Si pensio ex fundo, vel de fundo legata sit; cum enim in legatis interpretatio fiat ex bono, & æquo ob exæquationem cum fideicommissis; propterea ea verba hypothecam inferunt, Duard. *loc. cit. qu. 16. num. 15.*

III. Quando pensio perpetua est, Neguf. *de pign. part. 2. membr. 4. num. 164.* Verum rigore juris attento hæc satis infirma esse demonstravimus in *tract. de pignorib. & hypothecis*, *discussione de hypotheca alimentorum*; quare cautius agat Censualista, si expresse rem censitam sibi pignori supponat.

QUÆSTIO IV.

Utrum in emtione Census consignativi necessaria sit pecunia numerata.

HÆc difficultas locum non habet, cum titulo donationis, vel in ultima voluntate Census constituitur; sed tunc solum, cum titulus onerosus est. Et complurium opinio est, Censum consignativum nonnisi nummis comparari posse, qui a cen-

censualista censuario numerentur. Ita Gomez *de censib. c. 3. n. 12.* Navarr. *de usur. num.* 88. Mastrill. *dec. 99. num.* 8.

Hujus opinionis argumenta sunt I. quia ita expresse habetur ex Bulla Pii V. apud Navar. *c.* 137. *num.* 24. & apud Gerdon. *lib. 4. qu. 7. c. 3. n.* 4. quippe in ea inter ceteras census conditiones habetur hæc, ut pretium census solvatur in pecunia numerata coram Notario, & testibus; quare cum ea abest conditio, contractus erit nullus, quod etiam in Regno nostro locum habere debet, cum id in Bulla Nicolai V. non sit emendatum.

II. Quia census consignativus constituitur per emtionem, & venditionem, ut apud omnes constat, & habetur etiam expresse in Bulla Nicolai. Sed venditio sine nummis dici non potest, ut receptum est ex Nervæ, & Proculi sententia in *l. 1. §. sed verior est ff. de contrah. emt.* quippe aliter non emtio, sed permutatio est, nec quod datur pretium est, sed merx, *l. 1. ff. de rer. permutatione*. Ergo in hoc censu pecuniæ numerata necessaria est. Hinc est, quod Cencius numeratam pecuniam pro forma census exigi dixerit in *p. 2. c. 1. qu. 1. art. 6. n.* 13.

His non obstantibus, alii in contrarium nituntur, docentes, constito de vere existente debito antecedente, reali, omni fraude remota, recte, valideque censum constitui. Exemplum esto. Titius filiam nuptui tradens mille dotis nomine Cajo genero promittit, itaut jam verus debitor sit. Potest jam pro iis mille, quæ debet, censum annuum super prædio, quod habet, Cajo constituere; absque eo, quod ea mille solvat Cajo, qui deinde ea iterum adnumeret Titio in pretium census. Et hæc sententia usu recepta est, Galeota *in controv. forens.* 68. *n.* 53. *Castill. lib. 2. dec.* 140. Farinac. *dec. 286. num.* 5. Petra ad *Rit. 20. num. 14. in fine.*

Sed quo jure id fiat, non una est DD. opinio. Quidam putant hic novationem inductam censeri, ut qui debet ex causa dotis constitutæ, novando intelligatur ex causa census debere.

Id tamen nullo modo stare potest, & qui ita dicunt, nullo modo quid novatio sit, intelligunt; non enim novatio est, cum debiti titulus, sive causa mutatur, sed cum antiqua obligatione manente, quid novi circa eam inducitur, vel mutando personam debitoris, ut si quod tibi Sejus debebat, a Titio dari stipulatus sis: vel eadem persona manente, in posteriori stipulatione, aut conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur, *§. praeterea, quib. mod. tollitur obligatio, l. 1. ff. de novation.* Cum ergo horum nihil in proposita specie fiat, utique novatio non erit.

Itaque rectius alii, hic eam traditionem fictam, quæ brevis longæque manus dicitur, locum habere tradunt. Quam rem in jure nostro non satis claram, præ omnibus explanare operæ pretium est; non enim omnes quid sit brevis, & longa manus, intelligunt. Nam Hotomanus ad *l. 6. C. de donat.* ita inter longam, & brevem manum distinguit, ut brevi manu id tradi dicat, quod recta de manu tradentis transit in manum accipientis; at vero longa manu, cum quis absens absenti per nuncium, vel per procuratorem mittit. Dionysius vero Gothofredus in *l. pecuniam ff. de solut.* credit, longæ manus vocabulo intelligi oculum, & affectum, quibus possessio rei quandoque apprehenditur: quod etiam dixerat Cujac. ad *c. 2. feudorum tit.* 3. qui desumit id ex *l. 1. §. pen. ff. de acq. poss.* ubi Paulus ait, possessionem oculis, quandoque apprehendi. Quæ omnia palam absurda sunt.

Nos dicimus, brevem manum esse, cum pro duabus traditionibus, quæ fieri deberent, a primo ad secundum, a secundo ad tertium, unica tantum fit, seu vera, seu ficta. Manifestum id est ex Ulpiano, qui inter jurisconsultos solus de brevi manu mentionem habuit in *l. licet §. 1. ff. de jure dotium*, ubi si quis debitori marito sic acceptum ferat, ut velit mulieri donatum, videtur brevi manu acceptum a muliere, & marito donatum. Ecce hic a primo, scilicet creditore, datum tertio, qui est maritus, brevi manu quod tradendum erat a creditore mulieri (quæ hic est secunda) & ab hac marito. Similes casus habentur in *l. hæc ratio §. fin. ff. de donat. inter vir.* in *l. 2. §. cum vero,* in *l. qui id §. fin. ff. de donat.* in *l. singularia ff. de reb. credit.* & in *l. quod meo §. si venditorem ff. de acq. poss.*

Longa manus idem est cum brevi: quod inter tot juris Interpretes solus Acc. recte vidit in *d. l. pecuniam*, ubi tantum longæ manus mentio habetur: ait enim ibi Jabolenus, rem mihi debitam si in conspectu meo ponere te jubeam, finge super mensam, efficitur, ut tu statim libereris, & mea esse incipiat, & quodammodo longa manu tradita existimanda est. Hic traditiones hoc ordine faciendæ erant: tu, qui es primus, tradere debebas mihi secundo rem debitam; quam ego secundus super mensam, quæ est tertia, ponere debebam. Sed non ita actum est; tu primus super mensam, quæ est tertia, posuisti. Id factum per brevem manum diceret Ulpianus, sed Jaboleno placuit longam manum appellare. Uterque recte, cum ad diversa respexerint; nam brevis ideo dicitur, quia duæ manus seu traditiones restrictæ sunt, & veluti migrarunt in unam: longa e diverso, quia una manus, seu traditio tantum valeat, quantum si duæ factæ manus essent.

Ceterum quandoque res non a secundo tradita intelligitur tertio, sed iterum primo, ut in. §. *interdum, de rerum divisione*; veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, postea dotis nomine dederit, nam sine nova traditione, tibi rei proprietas acquiritur. Fingitur enim te rem creditori ex causa commodati restituisse, & hunc rursus tibi ex causa dotis tradidisse.

Jam, ut ad rem nostram regrediamur, simile quid in specie proposita accidisse intelligendum est, nimirum, ut primus debitor ex causa dotis fingatur pecuniam genero solvisse, qui iterum socero eam adnumeret, censum consignativum emendo. Ne ergo inutiles tot traditiones fiant, debitor pecuniam, quam post solutionem recepturus erat, retinet apud se, sed ex alia causa, tanquam venditor, & fingitur solvisse tanquam donans. Ex quibus facile patet, quid argumentis in contrarium oppositis, respondendum sit; præsertim quia Bulla Pii apud nos recepta non est.

Hic tamen notandum est, ad venditionem census non satis esse si fides de pretio habita sit, cum exigatur pecuniæ adnumeratio sive vera, sive ficta, jam exposita, ut in. *Extrav.* Martini. V. & Callisti. III. sub *tit. de emt. & vendit.* Pratus 8. *contr. for.* 29. *num.* 7. Præterea nec satis esse confessionem de recepto, si pretium revera receptum non probetur, prorsus ut nec jurejurando exceptioni non numeratæ pecuniæ queat renunciari, Capyc. Lat. 1. *consult.* 70. *num.* 34. Staib. 1. *contr. forens.* 64. *num.* 6. Rovit. ad *pragm.* 1. *de censib. n.* 14.

Ex his plura colliguntur. I. Ex tertiis census vitalitii non solutis posse constitui censum perpetuum, Zacch. *q.* 28. *num.* 20. Salgad. in *Laberintho creditorum*, *part.* 1. *cap.* 20. *num.* 27. Petra ad *Ritum* 237. *n.* 36.

II. Tertias decursas in censu perpetuo, & non solutas posse in sortem, seu capitale converti, ut inde annuus etiam census exigatur, Mastrillus *decis.* 262. Rovitus *loc. cit. num.* 18.

III. Censum posse constitui ex reali nomine debitoris, Rodriquez *de ann. redit. q.* 13. *num.* 35. Petra ad *ritum.* 237. *num.* 25.

IV. Ex mutui debito censum posse constitui, si sors intelligatur demortua apud debitorem, Paris. *cons.* 75. *num.* 33. *vol.* 4.

Tandem recte emi censum tradendo venditori apocham bancalem, quæ vim pecuniæ numeratæ, & solutionis habet. Quod verum est, cum pecunia revera est apud mensarium, seu in banco, Marin. *tom.* 3. *alleg.* 84. *num.* 22. Capyc. Latro 2. *consultat.* 150. *num.* 7. Leotard. *de usur. quæst.* 59. *num.* 40.

QUÆSTIO V.

An Census omnis sit redimibilis.

Ex Bulla Nicolai ad censum licitum constituendum, opus est, ut apponatur pactum de retrovendendo quandocumque ad libitum debitoris, non etiam emtoris. Ex quo apparet semper licitum esse censuario censum redimere, constituto eodem pretio, quoties libuerit. Quod idem expresse voluit Pius V. ubi statuitur, nec pactum quodvis in contrarium, nec præscriptionem obstare. Quare damnantur omnes census perpetui irredimibiles; ut propterea licet pactum de redimendo appositum expresse non sit, tamen subintelligatur, Ugolin. *de usur. cap.* 45. §. 10.

Legis hujus ratio est, quia durum & contra publicam utilitatem esse videtur, ut quis sub onere census perpetuo manere cogatur, nec ab eo unquam se liberare possit; cum e diverso facultas liberandi se, suaque, favorabilis in jure sit, Glossa in *l. ult. C. de pactis pignor.*

Sunt tamen, qui Summorum Pontificum mentem ita interpretantur, ut non omnes census irredimibiles damnent, sed eos tantum, qui non emuntur pluris, quam redimibiles; e. g. census, ubi deni aurei in singulos centenarios redduntur, redimibiles sunt; at si minus reddatur, poterunt ex pacto irredimibiles fieri. Ita Lessius 2. *de just.* 22. *num.* 42. Molin. *disp.* 385. & 391. Novar. *de usur. num.* 98. qui hos census ubique receptos fatetur, cum in eis nulla sit usuræ suspicio: imo nec injustitia, si justo pretio emantur, ut late probat Conrad. *de contract. qu.* 82. maxime ex eo, quod sors perpetuo, & omnino alienatur, sine ulla spe recipiendi, ut in censu redimibili accidit.

Hinc tamen fit, ut in dubio census fere semper existimetur redimibilis, cum pro libertate standum sit, Molinæus *de commerc. qu.* 20. *num.* 212. nisi forte ex pretio aliud statuendum sit. Vide Covarr. 3. *variar.* 10. Binsfeld in *cap. in civitate, de usur. qu.* 13. Alia de redemtione census suo looo dicemus.

QUÆSTIO VI.

An Census consignativus sit injustus, & usurarius.

MUlta sunt, quæ nonnulli contra censum consignativum realem comminiscuntur, eum ut usurarium, vel saltem ut injustum damnantes, ut Salyc. in *auth. ex lege C. de usur.* Joan. Andr. in *cap. in civitate, de usuris.* Henriquez *quodlib.* 8. *qu.* 12. quibus præter alios adhæsit Hotom. 2. *observ.* 15. & *disput. de usur. cap. ult.* Albernos apud Salas *de censib. dub.* 1. *n.* 6. qui proterve addit, Constitutiones Pontificias censum hunc permittentes, pejores multo esse omnibus Romanorum legibus, quæ usuras, & fœnus permittebant; eo quod majus lucrum ex censibus creditores capiant, quam ex mutuo. His accedunt hæretici Salmasius, & Molinæus, qui non alia de causa hunc contractum licitum esse contendunt, quam quia usuras non esse prohibitas existimant.

Sed notandum hic est, quæstionem non esse de censu, qui legato, donatione, aut alia simili causa gratuita constituitur, in quo neque usura, neque injustitia fingi potest. Non usura, quia nullum in eo reperitur mutuum sive formale, sive virtuale, sine quo usura esse non potest. Non injustitia, quia nulli facit injuriam, qui rei suæ gratuito alteri concessæ conditionem, aut servitutem ex se minime turpem imponit. Tota igitur controversia est in censu per emtionem, & venditionem constituto, maxime pecuniario.

Superiorem sententiam probant I. ex capite usuræ; quippe in censu consignativo, etsi mutuum formale non sit, cum constituatur per contractum emendi, & vendendi, est tamen mutuum virtuale. Quod ajunt manifestum fieri ex eo, quod in mutuo formali datur a creditore pecunia debitori, qui obligatur ad eam pecuniam creditori reddendam cum incremento supra sortem. Sed hoc ipsum usuvenit in censu consignativo, quia pecunia, qua ut pretio census emi dicitur, non remanet apud venditorem, utpote qui eam, quam totam simul accepit, reddit deinde emtori per partes cum grandi incremento supra sortem. Ergo in ipso est mutuum virtuale. Unde ista emtio juris exigendi pensiones annuas, est pallium usuræ, cum sit tantum emtio juris ad exigendam suam pecuniam per partes, & cum multo fœnore.

Probant II. ex capite injustitiæ, etsi detur in eo mutuum virtuale non contineri; quia in contractu emtionis, & venditionis, ne injustitia incurratur, necesse est, ut adsit æqualitas inter rem emtam, & pretium ejus. Sed in emtione census consignativi nulla potest poni æqualitas inter pretium, & rem; nam cumulus omnium pensionum census longe, lateque excedit in suo aggregato pretium, quod solutum est, ut patet. Ergo hic contractus injustus est.

His tamen minime obstantibus, communis Catholicorum sententia est apud Salas *d. dub.* 2. *num.* 3. & Leotard. *qu.* 43. *de usur.*

usur. in censu consignativo neque ullam usuram, neque ullam injustitiam latere, quamvis census perpetuus sit, nec redimibilis. Quæ utique sententia tenenda est, accedente suffragio Summorum Pontificum, Martini V. Calisti III. Nicolai V. Pii V. Gregorii XIII. qui omnes suis constitutionibus census, qui haberent conditiones, quas ipsi præscribunt, tanquam justos approbarunt. Sicut autem Adversarii duplici ex capite hunc contractum rejiciunt, ita nos e contrario duplici etiam ex capite admittemus, & quia non usurarius, & quia justus.

In quantum ad primum caput, quod in eo nullum mutuum, nec virtuale insit, probatur, quia inter censum consignativum & mutuum duplex adest discrimen. I. quia in mutuo obligatur mutuatarius reddere sortem, sive post præfinitum tempus, si ita conventum sit, vel certe quando mutuator eam repetierit, *l. cum quod ff. si certum petat.* Secus vero est in hoc censu, ubi emtor nunquam potest pretium repetere, nec venditor ad ipsum reddendum invitus adstringi potest. Deinde in mutuo sors nunquam perit, quocunque alio pereunte: at in censu, pereunte prædio, vel re alia censui subjecta, non manet amplius obligatus censuarius ad censum præstandum, neque ad pretium primo datum. Cum ergo una, & altera sit discriminis ratio inter mutuum, & censum consignativum, consequens est, ut in eo neque mutuum virtuale, neque ulla usura possit comminisci, ut fusius notat Roderic. 1. *de reditib. qu.* 4.

Ubi præterea notandum est, in censu pecuniario dari pecuniam loco fructuum; non enim datur tanquam redditio sortis, sed tanquam pretium fructuum, ad quos jus emtum fuerat, ut patet ex eo, quod census super re frugifera, seu fructuosa debet constitui; itaut si res in totum, vel pro parte reddatur infrugifera, etiam census ex toto, vel ex parte pereat, ut Bulla Pii V. *clauf.* 8. Quare his casibus præter contractum censualem, quo jus ad fructus percipiendos emitur, videtur etiam permutatio quædam adesse; quæ ideo inducta, & recepta est, quia pecunia, cum certa sit, & invariabilis, aptior multo est, ut secundum illam constituatur valor pensionis, quam in fructibus valor perpetuo mutatur, Gibalin. *art.* 6. *n.* 4. *in fine*.

Quod pertinet ad secundum caput justitiæ, probatur ex pluribus. I. ex comparatione census consignativi cum usufructu. Quare notandum est, usumfructum magnam habere affinitatem cum censu isto: utrumque enim est facultas, seu jus percipiendi fructus alicujus agri, manente proprietate in alio, & sicut ususfructus est pars quædam juris, quod in suum prædium dominus habebat, qua se abdicat, quamque in alium transfert; ita & census pars ejusdem juris est, quod dominus habebat. Quo posito dicimus, quod sicuti ususfructus quamvis longissimi temporis juste emitur finito pretio; etiamsi aggregatus omnium fructuum longe excedat pretium, quod pro eo emendo solutum fuit, *l. necessaria §. ult. ff. de periculo & comm. rei venditæ*; ita a pari census licite, & juste emetur eo pretio quod longe excedat cumulus omnium pensionum simul. Ratio hujus rei est, quia fructus illi, ut sunt in pôtentia, minoris æstimantur, quam si præsentes essent, & simul omnes existent; longa enim illa temporis expectatio in communi omnium existimatione, valorem rei recipiendæ minuit.

Quamvis autem ususfructus ita censui consignativo similis sit, cavendum tamen est a Cardinali de Lugo in hoc tractatu, qui docet, censum hunc non esse, nisi emtionem partis ususfructus prædii, in quo census constituitur. Nam si census esset ususfructus partialis, utique morte finiretur, & in extraneum, idest, in eum, qui prædii dominus non est, cedi non posset, §. *ult. de usufr.*

II. Quia, uti Salas *loc. cit.* advertit, inter emtorem, & censuarium etiam alio ex capite æquitas potest considerari: sicut enim venditor censuarius ad infinitas ferme pensiones obligatur, absolute quidem, si census redimi ex pacto non possit: aut certe sub conditione, si census redimi possit, at ipse non redimat; ita e diverso emtor ad infinitam veluti incommoditatem obligatur, cum semper in eo periculo versetur, ut census re pereunte pereat, & quam pecuniam totam simul solvit, non repetat, nisi per magna intervalla.

valla. Quæ utique æqualitas injustitiam commutationis tollere videtur.

Verum hæc responsio non multum arridet Gibalino *art.* 6. *num.* 4. ex eo præcipue, quod exhausta prima summa, & forte, fas deinde non esset aliud & aliud ejus emolumentum in infinitum recipere; veluti, qui censum mille nummis emit, ubi per decennium suam sortem recepit, jam dici potest extra omne periculum positus, ut propterea quidquid deinde exigat, inæqualem contractum, & perinde injustum redderet. Itaque rejecta hac Salas explicatione, standum omnino est rationi primo loco adductæ, quæ satis abunde communem sententiam tuetur.

CAP. III.

De re, quæ censui subjicitur.

IN re, quæ census materia esse debet, tres omnino conditiones ex Bulla Pii V. exiguntur; nempe, ut sit immobilis, frugifera, & certis finibus designata, quibus deficientibus censualem contractum illicitum, & usurarium declarat. De his in præsens videndum est.

Primo igitur in materia census exigitur, ut sit immobilis, vel saltem ut pro immobili habeatur, ut est de juribus quibusdam perpetuis, quæ immobilibus cohærent. Quam conditionem de natura rei, seclusa lege positiva, affirmant omnes, qui censum personalem maxime reservativum, ut illicitum de sua natura improbant, contra quos supra disputavimus. Idque confirmatur maxime ex eo, quod Nicolaus V. contractus censuales, quibus bona mobilia obligantur, & censui subjiciuntur, approbat, servata pretii æqualitate. Unde rectius hanc immobilitatem esse censui essentialem negant Sot. 6. *de justitia q.* 1. *art.* 1. Medina in *C. de restit. q.* 11. Conradus *de contract. q.* 74. & *q.* 85. *concl.* 13. Valentia 2. 2. *disp.* 5. *q.* 22. Salas *de censib. dub.* 7. *num.* 4. aliique.

Neque obstat Bulla Pii V. qui non exigit materiam census immobilem, nisi quia loquitur de censu perpetuo, qui utique collocari nequit in re mobili; quæ perpetua non est, quamvis longissimi temporis esse possit. Quare hac distinctione uti debemus, ut census perpetuus de natura sua rem perpetuam exigat, ut est, quæ immobilis est, vel pro immobili habetur: vitalitius vero, seu temporalis recte in re mobili constituatur, quæ etiam temporalis est. Unde vulgo apud nos recepti census sunt vitalitii in pecunia numerata constituti; nam potest quis mille trapizitæ dare, ut is sibi centum annua tribuat in censum, quousque vixerit.

II. In materia census exigitur, ut sit frugifera. Hanc conditionem, sublata lege positiva, ex natura rei exigi docent Fach. 2. *contr.* 44. Guttierrez 2. *pract.* 177. *num.* 5, De Lugo *disp.* 27. *num.* 70. aliique, ea ratione, quia census est jus percipiendi fructus ex aliqua re, quamvis deinde loco fructuum substituatur pecunia; ut jam diximus in *cap.* 2. *q. ult.* eapropter hoc jus nequit consistere in ea re, quæ nullos fructus ferre potest.

Alii tamen putant, fecunditatem in re censui subjecta non exigi de natura census, sed solum ex lege Pontificia, prorsus ut ubi Bulla Pii V. non viget, ibi census in re non frugifera queat constitui, ut e. g. proprietarius recte vendit alteri censum super fundo, cujus usumfructum donavit. Et probatur ex Bulla Nicolai, quæ permittit censum constitui *super rebus & proprietatibus suis*. Quippe res suas vocat, in quibus plenum dominium quis habet: proprietates vero, in quibus alter usumfructum obtinet, quæ propterea ipsi proprietario, qui censum vendit, infrugiferæ sunt. Ita Sotus 6. *de just. qu.* 5. *art.* 5. Covarr. 3. *var.* 7. *num.* 5, Azor. 3. *part. lib.* 10. *cap.* 6. *qu.* 4.

Hoc dissidium componere nituntur Salas *dub.* 7. *difficult.* 3. & Duard. in *Extr. Pii V.* §. 1. *qu.* 43. *num.* 4. hac scilicet distinctione adhibita, ut si ematur census, sive jus ad percipiendos fructus ex re aliqua, aut ad quidpiam æquivalens, pensionem v. g. pecuniariam, res ea opus est, ut frugifera sit, super qua tale jus constituitur. Et hæc est propria ratio census. E diverso si ematur jus quidem ad certam pensionem, sed pro ejusdem pensionis solutione obligetur dumtaxat res aliqua, & veluti pignori subjiciatur, nihil opus erit rem fru-

hujusmodi esse frugiferam, sed infrugifera sufficiet. Verum tamen est, hanc non esse propriam census rationem; itaut res potius hypothecata, quam censita dicenda sit.

Ex his resolvitur & alia quæstio, an res censita debeat ferre tot fructus, qui exæquent pensionem illi impositam, seu censum.

Communis opinio est, eam exæquationem fructuum, & census omnino necessariam esse. Ita passim Canonistæ cum Panorm. in *cap. in civitate*, *de usur.* Navar. *de usur. num.* 79. & 85. Sylv. *v. usura*, *qu.* 12. Bonac. *de contract. disp.* 3. *q.* 4. *punct. unic. num.* 20. Aragon. 2. 2. *quæst.* 8. *art.* 4. Nam cum res natura sua debeat esse frugifera, utique ratione illius excessus pensionis solvendæ supra fructus, frugifera non est. Et notant præterea, ex quantitate fructuum deduci debere expensas in fructibus illis colligendis faciendas, quia fructus non censentur, nisi qui deductis expensis supersunt.

Alii tamen hanc fructuum cum censu exæquationem servandam esse negant, ea nixi ratione, quia in constitutione census obligatur simul venditor cum omnibus suis bonis; quocirca licet res censita, non sit capax omnium illorum fructuum, valebit tamen contractus, etiam in quantum ad eum excessum census supra fructus, ad quem se obligavit debitor. Ita ergo si census in viginti annua consistat, & res non ferat, nisi quindecim, pro hac summa intelligetur obligata res censita, pro reliquis quinque persona saltem debitoris, Conrad. *de contract. quæst.* 88. *concl.* 12. Covarr. 3. *var.* 7. *num.* 6. Sotus 6. *de just. qu.* 5. *art.* 1. *coroll.* 1. Fachin. 2. *contr.* 43. Gratian. 1. *discept.* 41. *num.* 26.

Verum placet hac in re distinctio, quam refert Giball. in *c.* 6. *art.* 11. *num.* 7. si enim agamus de censu misto, in quo una cum re persona censuarii obligatur, ut propterea ex una parte realis, ex altera personalis sit, non opus ut res censita sit capax totius pensionis solvendæ; quippe excessus intelligetur constitutus super ipsa persona, quæ eum ex aliis suis bonis vel saltem ex suis laboribus solvet. Quod quidem erit iis in locis, ubi census personales, vel saltem misti recepti sunt.

At si loquamur de censu pure reali constituto super re frugifera, ut ex illa solvatur, sive percipiatur pensio, debet res fructus tot ferre, quot ad pensionem illam solvendam sunt satis; ita tamen, ut si fundus minores fructus ferat, contractus non sit ex toto invalidus, sed solum in excessu, quo pensio constituta fructus rei censitæ superat, ex regula, quod utile per inutile non vitiatur, ubi possunt invicem separari, seu res dividua est, *cap. utile*, *de reg. jur. in* 6. *l.* 1. §. *sed si ff. de verb. sign. l. placuit ff. de usur. l.* 114. *ff. de verb. oblig.* Ita donatio excedens summam 500. solidorum sine insinuatione non vitiatur, nisi in excessu, *l. sancimus. C. de donationibus*. Census autem de sua natura dividuus est, & in partes separabilis, ut argumentum est, quod re censita pro parte pereunte, pereat census non in totum, sed pro ea tantum parte, quæ periit, ut in Bulla Pii V. Bald. in *cap.* 1. *num.* 15. *de jurejur.* Cencius *q.* 36. Duard. in §. 1. *q.* 47. *num.* 25.

III. In materia census exigit Pius V. ut ea nominatim certis finibus designetur, hoc est, ut nomen rei illius expressum sit, & confinia designata sint, scilicet ut de re censita certo constare possit, si quando adversus tertium possessorem agendum sit; aut si quæratur, utrum res censita perierit, & una cum ea census; aut utrum frugifera sit, & capax pensionis solvendæ: & tandem an verus sit ille census, an mutuum, & usura super ficta re, & specie latens; nam possem mutuam pecuniam alteri dare sub usuris; ne autem usuræ apparerent, super re ficta censum a debitore, tanquam a venditore, constituere mihi facerem. Ut ergo fraudi cuicumque obviam eatur, cavit Pius V. ut res certis finibus demonstretur; ita tamen, ut ex mente S. Pontificis hæc demonstratio per aliud æquivalens suppleri possit, ut sæpe a Rota Romana judicatum referunt Cencius *q.* 46 Duard. §. 1. *qu.* 60. Leotard. *qu.* 158. *num.* 10. voluit enim validum esse censum in prædio urbano, vel rustico, nullis expressis finibus impositum, si is, qui censum vendidit, unam domum in ea urbe, vel unum prædium in ea regione habuit, quia tunc expressio loci, vel regionis facit, ut certo constet de re censita, & menti S. Pontificis satisfiat. Ve-

Verum, quia in Bulla Nicolai hæc tertia conditio de certis finibus non habetur, hinc multo magis in Regno nostro validus erit contractus censualis, cum nulla confinia demonstrantur, si tamen constet de quo fundo contrahentes senserint. Cum enim census constitutio, de quo agimus, venditio quædam sit, ut Summi Pontifices affirmant, iisdem regulis, quibus venditio, regi debet, spectato jure communi, ubi nihil in contrarium expresse constitutum sit. At firma & valida est de jure communi venditio, ubi constat de quo fundo contrahentes consenserint, etiamsi nominatim expressus, & certis finibus descriptus non sit, *l. Titius ff. de actionib. emti*, ubi dicitur: *Pacta venditione fundi, nullis expressis finibus, ex eo contractu præstandum est, quod contrahentes sensisse intelliguntur*. Concordant textus in *l. 63. §. 1. ff. de contrah. emt.* in *l. certum ff. de reb. credit.* in *l. 1. §. ult. ff. de dote prælegata*. Ergo quia nihil in nostro Regno de hac re in contrarium statutum est, inde fit, ut idem in census venditione servandum sit.

Idipsum erit, si falsi fines assignati sint, aliunde tamen constet de certo fundo, quia neque falsa confinia venditionem irritam faciunt, *l. 18. §. si servus ff. de contrah. emt.* vel etiam, si in nomine fuerit erratum, cum de corpore constat, *l. 9. §. 1. ff. tit. tit.* vel erratum sit de nomine regionis, in qua fundus positus est, *l. 35. §. 2. ff. de legat. 3.* Quippe ex falsa demonstratione venditio non vitiatur, sicuti nec vitiatur legatum, *l. 17. ff. de condit. & demonstrat.*

Ex his patet, posse quem censum constituere alteri super universitate bonorum, nullis rebus sigillatim, & expresse designatis; cum enim possit quis vendere omnia bona sua etiam futura, ut colligitur ex *l. 1. §. 1. ff. pro dote*, & ex *l. mulier ff. de jure dotium*, Gomez 2. var. 2. num. 4. consequens est, ut possit vendere redditum aliquem super omnibus quoque bonis suis, seu jus percipiendi eum annuum redditum, quod jus est census.

Confirmatur I. ex Constitutionibus Martini V. & Callisti III. qui permittunt censum constitui in hereditatibus. Ergo sicuti potest heres constituere censum super hereditate sibi relicta, quæ universum jus defuncti continet, *l. patrimonii ff. de usu & usufr. legato*, *l. nibil aliud ff. de verb. signif.* ita poterit moriens super omnia bona sua similem censum constituere: & non solum moriens, sed etiam consequenter quilibet alius, etiam inter vivos. Nulla quippe ratio disparitatis assignari potest.

II. Confirmatur ex Bulla Nicolai, quæ generatim census constitui permittit *super rebus & proprietatibus, ac facultatibus & emolumentis earundem*. Ubi super rebus simpliciter dicit; & rerum nomine comprehenditur quidquid in nostro patrimonio est: præsertim cum addat & proprietates, & facultates, & emolumenta. Ita post Conradum, Medinam, Valentiam, & alios, docet Salas *dub. 7.* Reginald. *lib. 35. num. 415.* de Lugo *disp. 27. num. 67. cum seq.* Et cum Theologis consentiunt Jurisperiti, Covarr. 3. *var. 6. num. 5. & seq.* Gaill. 2. *obs. 7. num. 13.* Martin. *de jure census cap. 4. num. 10.* Sarmento 7. *select. 1. num. 26.* Leotard. *de usur. qu. 58. num. 39.* Duard. *§. 1. q. 51.*

Sed in contrarium post Novar. Lessium, Rebell. aliosque nititur Cencius *qu. 40.* qui putant ex natura rei non posse censum constitui super universitate bonorum.

I. Probant ex Bulla Pii, qui negat expresse posse censum generatim super omnibus bonis constitui. Quod tamen minime urget; quamvis enim hoc verum sit iis in regionibus, ubi constitutio Pii recepta est, non tamen inde sequitur id verum esse de natura rei; propterea quod Greg. XIII. in gratiam Siculorum, constitutionem Pii V. emolliens, inter alia, quæ Pium constituisse ait, ad justitiam horum contractuum minime necessaria numerat hanc impositionem super re certa. Verba Gregorii sunt: *Literas ediderit* (nempe Pius) *quibus illud in primis cavetur, ut census non generaliter super omnibus bonis, sed specialiter super re certa imponatur, aliaque in eisdem ad justitiam contractus minime necessaria constituerit &c.* In quibus Gregorius declarat, & non esse de natura rei censum constitui super re certa, & posse in Regno nostro, & in Regno Siciliæ censum super bonis omnibus generatim constitui.

II. Probant, quia aliter emtor dicti cen-

hujusmodi esse frugiferam, sed infrugifera sufficiet. Verum tamen est, hanc non esse propriam census rationem, itaut res potius hypothecata, quam censita dicenda sit.

Ex his resolvitur & alia quæstio, an res censita debeat ferre tot fructus, qui exæquent pensionem illi impositam, seu censum.

Communis opinio est, eam exæquationem fructuum, & census omnino necessariam esse. Ita passim Canonistæ cum Panorm. in *cap. in civitate, de usur.* Navar. *de usur. num.* 79. *&* 85. Sylv. *v. usura, qu.* 12. Bonac. *de contract. disp.* 3. *q.* 4. *punct. unic. num.* 20. Aragon. 2. 2. *quæst.* 8. *art.* 4. Nam cum res natura sua debeat esse frugifera, utique ratione illius excessus pensionis solvendæ supra fructus, frugifera non est. Et notant præterea, ex quantitate fructuum deduci debere expensas in fructibus illis colligendis faciendas, quia fructus non censentur, nisi qui deductis expensis supersunt.

Alii tamen hanc fructuum cum censu exæquationem servandam esse negant, ea nixi ratione, quia in constitutione census obligatur simul venditor cum omnibus suis bonis: quocirca licet res censita, non sit capax omnium illorum fructuum, valebit tamen contractus, etiam in quantum ad eum excessum census supra fructus, ad quem se obligavit debitor. Ita ergo si census in viginti annuis consistat, & res non ferat, nisi quindecim, pro hac summa intelligetur obligata res censita, pro reliquis quinque persona saltem debitoris, Conrad. *de contract. quæst.* 88. *concl.* 12. Covarr. 3. *var.* 7. *num.* 6. Sotus 6. *de just. qu.* 5. *art.* 1. *coroll.* 1. Fachin. 2. *contr.* 43. Gratian. 1. *discept.* 41. *num.* 26.

Verum placet hac in re distinctio, quam refert Giball. in *c.* 6. *art.* 11. *num.* 7. si enim agamus de censu misto, in quo una cum re persona censuarii obligatur, ut propterea ex una parte realis, ex altera personalis sit, non opus ut res censita sit capax totius pensionis solvendæ; quippe excessus intelligetur constitutus super ipsa persona, quæ eum ex aliis suis bonis vel saltem ex suis laboribus solvet. Quod quidem erit iis in locis, ubi census personales, vel saltem misti recepti sunt.

At si loquamur de censu pure reali constituto super re frugifera, ut ex illa solvatur, sive percipiatur pensio, debet res fructus tot ferre, quot ad pensionem illam solvendam sunt satis; ita tamen, ut si fundus minores fructus ferat, contractus non sit ex toto invalidus, sed solum in excessu, quo pensio constituta fructus rei censitæ superat, ex regula, quod utile per inutile non vitiatur, ubi possunt invicem separari, seu res dividua est, *cap. utile, de reg. jur. in* 6. *l.* 1. §. *sed si ff. de verb. sign. l. placuit ff. de usur. l.* 114. *ff. de verb. oblig.* Ita donatio excedens summam 500. solidorum sine insinuatione non vitiatur, nisi in excessu, *l. sancimus. C. de donationibus.* Census autem de sua natura dividuus est, & in partes separabilis, ut argumentum est, quod re censita pro parte pereunte, pereat census non in totum, sed pro ea tantum parte, quæ periit, ut in Bulla Pii V. Bald. in *cap.* 1. *num.* 15. *de jurejur.* Cencius *q.* 36. Duard. in §. 1. *q.* 47. *num.* 25.

III. In materia census exigit Pius V. ut ea nominatim certis finibus designetur, hoc est, ut nomen rei illius expressum sit, & confinia designata sint, scilicet ut de re censita certo constare possit, si quando adversus tertium possessorem agendum sit: aut si quæratur, utrum res censita perierit, & una cum ea census; aut utrum frugifera sit, & capax pensionis solvendæ: & tandem an verus sit ille census, an mutuum, & usura super ficta re, & specie latens; nam possem mutuam pecuniam alteri dare sub usuris; ne autem usuræ apparerent, super re ficta censum a debitore, tanquam a venditore, constituere mihi facerem. Ut ergo fraudi cuicumque obviam eatur, cavit Pius V. ut res certis finibus demonstretur; ita tamen, ut ex mente S. Pontificis hæc demonstratio per aliud æquivalens suppleri possit, ut sæpe a Rota Romana judicatum referunt Cencius *q.* 46. Duard. §. 1. *qu.* 60. Leotard. *qu.* 158. *num.* 10. voluit enim validum esse censum in prædio urbano, vel rustico, nullis expressis finibus impositum, si is, qui censum vendidit, unam domum in ea urbe, vel unum prædium in ea regione habuit, quia tunc expressio loci, vel regionis facit, ut certo constet de re censita, & menti S. Pontificis satisfiat.

Ve-

Verum, quia in Bulla Nicolai hæc tertia conditio de certis finibus non habetur, hinc multo magis in Regno nostro validus erit contractus censualis, cum nulla confinia demonstrantur, si tamen constet de quo fundo contrahentes senserint. Cum enim census constitutio, de quo agimus, venditio quædam sit, ut Summi Pontifices affirmant, iisdem regulis, quibus venditio, regi debet, spectato jure communi, ubi nihil in contrarium expresse constitutum sit. At firma & valida est de jure communi venditio, ubi constat de quo fundo contrahentes consenserint, etiamsi nominatim expressus, & certis finibus descriptus non sit, *l. Titius ff. de actionib. emti*, ubi dicitur: *Pacta venditione fundi, nullis expressis finibus, ex eo contractu præstandum est, quod contrahentes sensisse intelliguntur*. Concordant textus in *l. 63. §. 1. ff. de contrah. emt.* in *l. certum ff. de reb. credit.* in *l. 1. §. ult. ff. de dote prælegata*. Ergo quia nihil in nostro Regno de hac re in contrarium statutum est, inde fit, ut idem in census venditione servandum sit.

Idipsum erit, si falsi fines assignati sint, aliunde tamen constet de certo fundo, quia neque falsa confinia venditionem irritam faciunt, *l. 18. §. si servus ff. de contrah. emt.* vel etiam, si in nomine fuerit erratum, cum de corpore constat, *l. 9. §. 1. ff. cit. tit.* vel erratum sit de nomine regionis, in qua fundus positus est, *l. 35. §. 2. ff. de legat. 3.* Quippe ex falsa demonstratione venditio non vitiatur, sicuti nec vitiatur legatum, *l. 17. ff. de condit. & demonstrat.*

Ex his patet, posse quem censum constituere alteri super universitate bonorum, nullis rebus sigillatim, & expresse designatis; cum enim possit quis vendere omnia bona sua etiam futura, ut colligitur ex *l. 1. §. 1. ff. pro dote*, & ex *l. mulier ff. de jure dotium*, Gomez 2. *var.* 2. *num.* 4. consequens est, ut possit vendere redditum aliquem super omnibus quoque bonis suis, seu jus percipiendi eum annuum redditum, quod jus est census.

Confirmatur I. ex Constitutionibus Martini V. & Callisti III. qui permittunt censum constitui in hereditatibus. Ergo sicuti potest heres constituere censum super hereditate sibi relicta, quæ universum jus defuncti continet, *l. patrimonii ff. de usu & usufr. legato*, *l. nihil aliud ff. de verb. signif.* ita poterit moriens super omnia bona sua similem censum constituere: & non solum moriens, sed etiam consequenter quilibet alius, etiam inter vivos. Nulla quippe ratio disparitatis assignari potest.

II. Confirmatur ex Bulla Nicolai, quæ generatim census constitui permittit *super rebus & proprietatibus, ac facultatibus & emolumentis earundem*. Ubi super rebus simpliciter dicit; & rerum nomine comprehenditur quidquid in nostro patrimonio est: præsertim cum addat & proprietates, & facultates, & emolumenta. Ita post Conradum, Medinam, Valentiam, & alios, docet Salas *dub. 7.* Reginald. *lib. 35. num. 415.* de Lugo *disp. 27. num. 67. cum seq.* Et cum Theologis consentiunt Jurisperiti, Covarr. 3. *var. 6. num. 5. & seq.* Gaill. 2. *obs. 7. num. 13.* Martin. *de jure census cap. 4. num. 10.* Sarmento 7. *select. 1. num. 26.* Leotard. *de usur. qu. 58. num. 39.* Duard. *§. 1. q. 51.*

Sed in contrarium post Novar. Lessium, Rebell. aliosque nititur Cencius *qu. 40.* qui putant ex natura rei non posse censum constitui super universitate bonorum.

I. Probant ex Bulla Pii, qui negat expresse posse censum generatim super omnibus bonis constitui. Quod tamen minime urget; quamvis enim hoc verum sit iis in regionibus, ubi constitutio Pii recepta est, non tamen inde sequitur id verum esse de natura rei; propterea quod Greg. XIII. in gratiam Siculorum, constitutionem Pii V. emolliens, inter alia, quæ Pium constituisse ait, ad justitiam horum contractuum minime necessaria numerat hanc impositionem super re certa. Verba Gregorii sunt: *Literas ediderit* (nempe Pius) *quibus illud in primis cavetur, ut census non generaliter super omnibus bonis, sed specialiter super re certa imponatur, aliaque in eisdem ad justitiam contractus minime necessaria constituerit &c.* In quibus Gregorius declarat, & non esse de natura rei censum constitui super re certa, & posse in Regno nostro, & in Regno Siciliæ censum super bonis omnibus generatim constitui.

II. Probant, quia aliter emtor dicti census-

ſus nullum ſubiret periculum rei emtæ; quia ſemper haberet cenſum ſuum, & redditum totum, & certum, contra textum in *l. 1. ff. de peric. & comm. rei venditæ.*

Pro reſponſione dicimus, nihil obſtare, quin cenſus ſuper omnibus bonis conſtitutus pereat, cum illa omnia bona perire poſſint. Verum tamen eſt, quia cenſus hic difficilius perit, propterea majus pretium in hujus cenſus emtione exigi, quam ſi ſuper una aliqua re ſit conſtitutus: alioqui contra juſtitiam commutativam peccaretur, ut Duard. & de Lugo *loc. citat.* notant.

Hinc fit, multo magis valere cenſum, qui conſtituatur ſuper unico fundo deſignato, addita clauſula, *Et ſuper omnibus, & ſingulis bonis venditoris*; quamvis enim Rota apud Cencium declaraverit, Cenſum valere ſolum in certo fundo, non item in reliquis bonis, quia utile per inutile in rebus dividuis non vitiatur; tamen id intelligendum eſt juxta conſtitutionem Pii V. quæ in Regno noſtro non viget. Quare Greg. XIII. Siculis permittit: *Ut in cenſuum emtione & venditione* (verba S. Pontificis ſunt) *prius unius, vel plurium bonorum certorum, ſuper quo, vel quibus cenſus ipſe conſtituitur expreſſe, & deinde, ſi voluerint, omnium bonorum in genere mentio fiat.* Quæ verba intelligenda ſunt, tamſi omnium bonorum mentio fiat ad faciliorem cenſus exactionem, atque ad ejus ſecuritatem, atque hypothecam pro evictione cenſus, & ſolutione penſionis; quam ſi ut cenſus intelligatur ſuper omnibus omnino bonis conſtitutus; jam enim probatum eſt, cenſus ſuper omnibus alterius bonis recte emi poſſe, ſervata pretii æqualitate.

IV. In materia cenſus, præter jam dictas conditiones, quæ in Bulla Pii expreſſæ ſunt, a DD. exigitur, ut ſit propria ejus, qui cenſum conſtituit, & vendit: alioqui cenſus ſuper re aliena, ſine conſenſu domini conſtitutus, invalidus erit, Novar. *de Uſur. num.* 118. & 131. Sotus 6. *de juſtitia q.* 5. *art.* 1. *concl.* 2. de Lugo *diſp.* 27. *de juſtitia*, Leotard. *de Uſur. q.* 55. *num.* 2. aliique communiter.

Quod probatur ex pluribus: I. quia in conſtitutione cenſus venditur jus percipiendi fructus ex re aliqua; ſed tale jus cum venditur in re aliena, nullum eſt; cum enim illud non habeat venditor, ipſum in ementem transferre non poteſt ex *l. nemo plus ff. de reg. juris*. Ergo nihil venditur, ſeu venditio nulla eſt, & fictitia ex *l.* 8. *ff. de contr. emt.* Qua re hoc caſu cenſus nullus eſt ex ipſa natura rei, & non ex aliqua tantum lege poſitiva, quæ prohibeat cenſum in re aliena conſtitui.

II. Quia ex cenſus impoſitione conſtituitur onus, & jus reale ſuper re cenſita, quod ipſi inhæret, uti jam diximus. Sed nemo poteſt imponere onus, aut jus reale rei, cujus dominus non eſt, *l.* 6. *C. ſi res aliena pignori data ſit*, *l.* 1. *ff. de pignor.* *l.* 26. *ff. de pignor. act.* Et quidem hæc eſt ratio, cur res aliena pignori nequeat ſubjici: propter quam eandem rationem nemo poteſt rei alienæ ſervitutem imponere, *l.* 2. *ff. de ſervitut. l. ult. C. de reb. alien. non alien.* nempe ſervitutes ſunt jura, qualitates, & onera prædiorum, *l. quid aliud ff. de verb. ſignif. l. qui bona* §. 1. *ff. de damno infecto.* Quare nec fructuarius, qui interdum loco domini eſt, *l.* 4. *ff. de uſufr.* poteſt rei ſervitutem imponere, Cujac. ad *l.* 2. *ff. de ſervitut.* Ergo neque cenſus imponi in re aliena poteſt, qui graviſſima ſervitus eſt.

Objicies: res aliena valide vendi poteſt, inſcio & invito domino, quanquam deinde res emtori a domino auferri poſſit, *l.* 28. *ff. de contr. emt.* Ergo multo magis vendi poteſt annuus redditus, hoc eſt, cenſus, ſuper re aliena; quippe in venditione hoc tantum agitur, ut res vendita, ejuſque vacua poſſeſſio tradatur emtori a venditore; qui propterea non tenetur rem facere accipientis, ſed dumtaxat evictionem præſtare, ſi res forte a domino ablata ſit emtori, *l. ex emto* §. 1. *ff. de act. emti*, *l.* 1. *ff. de rer. permut. l. ſi ita ff. de contr. emt.*

Sed reſpondemus cum Gibal. *cap.* 6. *art.* 11. *nu.* 18. negando paritatem, propterea quod licet res aliena vendi poſſit, non tamen ſuper eadem re jus alteri poteſt vendi. Diſparitatis ratio eſt, quia ad emtionem ſola rei traditio ſatis eſt, ſeu vacua rei poſſeſſio, ut ex citata lege patet, & notat Cujac. in *l.* 28. *ff. de contr. emt.* Quæ quidem traditio res facti eſt; conſtat autem rem

rem alienam tradi posse, & ejus possessionem in alium transferri, quia eam possessionem venditor habet. Secus est in imponenda obligatione, in qua debeo jus tribuere illi, cui eam obligo, quod jus cum non habeam, nihil omnino trado, aut vendo emtori. Hinc est, quod licet rei alienæ venditio consistat, illius tamen oppigneratio nulla sit, *l. aliena ff. de pigner. act. l. 2. C. de crim. stellion. l. 2. & 6. C. si res aliena pignori data sit*. Unde recte Cujac. in *l. 2. ff. de pignorib. ad Papin.* dixit: *Solius domini est pignori obligare: vendere non est solius domini, sed etiam possessoris*. Cum ergo in censu constituendo non agatur de possessione in alterum transferenda, quam venditor rei alienæ habet, sed de transferendo jure, quod venditor non habet, ideo jure merito constitutio census in re aliena nullius omnino momenti est.

Confirmatur, quia sententia, quæ ait, rem alienam distrahi posse, dura & iniqua est, ut probatur ex *l. 1. C. de comm. rerum alienatione*, ubi venditio rei communis ab uno ex sociis facta, *satis illicita* appellatur; ut propterea nequeat ad alios casus etiam ex majori ratione extendi, cum scilicet venditur jus in re aliena; quamvis hoc minus esse videatur, quam rem ipsam vendi.

Quod dictum est, producitur, ut nec census in re aliena constitutus valeat, etiamsi dominium rei post constitutum censum a venditore fuerit acquisitum; quippe ex regula Catoniana, quod ab initio non valet, tractu temporis non reconvalescit, ut recte observant Duard. *loc. cit. qu. 25. nu. 19.* & Cencios *q. 14. num. 15.*

E diverso restringitur, si in re aliena, domino consentiente, census imponatur; nam consentiente domino, res aliena pignerari potest, *l. 20. ff. de pign. act. l. 1. & l. ult. C. si res aliena pignori*: potest etiam in ea servitutis onus imponi, *l. cum essent §. ult. ff. de servit. rustic.* Ita Navar. *de usur. num. 131.* Salas *dub. 21.* Molina *disp. 394.*

Verum dominus deinde ad pensiones annuas persolvendas non erit obligatus, sed venditor, in cujus commodum dominus super re sua censum constitui promisit; prorsus ut dominus hoc casu nihil fecisse intelligatur, nisi prædium suum commodasse, ut quandiu ipse manet, venditor censum persolvat, nisi interim redimatur. Aliter officium, quod dominus isti venditori præstitit, illi damno esset, contra textum in *l. 7. ff. quemadmodum testam. l. 61. §. quod vero ff. de furtis, l. 20. ff. mandati*.

Præterea potest dominus contra creditorem agere, ut se indemnem servet; sicuti qui pro alio fidejussit, aut sua bona obligavit, petere etiam ab eo potest, ut servetur indemnis. Id, quod provenit ex natura obligationis pro alio susceptæ, *l. Lucius ff. mandati*, ubi & illud notatur, in quantum ad tempus, quo debeat fieri hæc liberatio, judicem æstimaturum, & judicialem quæstionem esse, id est, ex Facto, non ex Jure pendere.

Tandem hic domini consensus potest etiam post censum constitutum accedere, per ratihabitionem, quæ retrotrahitur, uti contingit in pignore rei alienæ; quod valere dicit Paulus, ubi deinde dominus illud ratum habuit, ex regula quod ratihabitio æquiparatur mandato, *d. l. 20. ff. de pign. act. l. si fundus §. 1. ff. de pignor.* Ita supracitati *DD.*

Hæc tamen mihi locum habere posse videntur, ubi census personales recepti sunt, non etiam ubi mere reales vigent; quippe ad censum realem constituendum opus est, ut annui reditus ex fructibus rei censitæ persolvantur, quorum fructuum loco substituitur sæpe pecunia numerata, juxta ea, quæ supra diximus. Cum ergo in specie proposita pensio, seu reditus non afficiat rem, sed personam ejus, qui nec fructuum dominus est, nec eos sibi capit, ut censualistæ solvat; consequens omnino fit, ut hic census personalis potius dicendus sit, quam realis, prorsus ut prædium potius sit in obligatione, seu hypotheca, quam in censu. Quod etiam patet ex eo, quod si prædium esset in censu, utique prædii possessor posset pro censu conveniri, cum census onus reale sit: quod supracitati DD. negant, qui communiter affirmant pro censu non obligari, nisi solum venditorem.

COROLLARIA.

Plura sunt, quæ ex hactenus disputatis facile colliguntur. I. In officiis, & militiis,

lutis, quæ in cujusque dominio, & patrimonio sunt, & ad heredes transmitti possunt, & certos annuos fructus ferunt, censum constitui posse; præsertim, quia hæc pro immobilibus habentur, *l. 25. ff. de act. empti*, *l. ult. §. præterea C. de jure dotium*, Bonius *hoc tit. a num.* 80. Leotard. *q.* 45. *num.* 14.

II. Quia furni etiam immobilibus accensentur, & ex illis proventus annui capiuntur, præsertim si furni publici sint, & indictivæ coctionis, nihil prohibet, quin censui queant subjici. Secus est de clibanis, qui furni mobiles sunt, & de loco in locum transferuntur, Gibalinus *cap. 6. art. 12. consectario 1. in princ.*

III. Censum super jurisdictione recte constitui, ut in ea, quam Baro in re feudali habet: quippe Martinus V. expresse Baronibus permittit, ut super suis dominiis census imponant: quod tamen permissu Regis intelligendum est. Et probatur, quia jurisdictio habet omnes conditiones, quas Pius V. exigit; habetur enim ut immobilis, cum cohæreat territorio: habet quoque fructus, qui singulis annis recurrunt; estque etiam certis finibus ratione territorii, cui cohæret, definita, Felicianus *lib. 2. hoc tit. cap. 3. num.* 36. Bonius, & Leotardus supracitati.

IV. Idipsum esse de molendinis. Et quidem de molendinis aquatiis, quæ in ripis fluminum, & ad præterfluentem aquam ædificantur, docet Navar. *de usur, num.* 118. Felic. *d. cap. 3. num.* 37. Hering. *de molendinis, q.* 73. *num.* 12. & 16. nam quia solo cohærent, immobilium loco habentur; quare & in feudum & in emphyteusim dari poterunt, neque a tutore sine decreto Judicis alienari debebunt, ut communiter opinio est apud Leotardum *qu.* 45. *num.* 21.

Hoc quoque est de molis jumentariis, quæ per asinos, & jumenta ad exprimendum ex oleorum baccis oleum, vel ad frumenta terenda circumaguntur in pistrinis; hæ enim sunt res soli, & domus ipsius portio quædam, DD. in *l. impensæ ff. de verb. signif.* Nec aliud juris est in mola trusatili, quæ scilicet manu trusa circumagitur.

Molæ etiam alatæ, seu velares, cum earum turres solo cohæreant, immobilium jure censeri debent, idem Hering. *quæst.* 80. *num.* 46. & 42. Propterea non solum in ipsis census potest constitui, sed etiam feudum, Rosental *de feud. cap.* 4. *concl.* 4. *num.* 1.

Quæres, an res censita novo censui subjici possit? Et inter censum reservativum, & consignativum distinguendum est. Nam qui prædium suum alteri dedit in censum reservativum utique nequit super eo censum alium constituere; quia censuando nihil sibi juris, aut dominii in re illa retinuit; præter jus percipiendi pensionem sibi reservatam; quare nequit alteri novum jus super eo prædio constituere ex *l. nemo plus ff. de reg. juris.*

Illud solum poterit super censu sibi reservato, alteri censum vendere; quippe census super censu constitui potest, ut est communis opinio ex Bonac. *de contract. disp. 3. qu. 4. punct. un. num.* 16. Mirescott. 3. *ver.* 10. *num.* 33. Ferdinandus a Castro *de justitia, disp. 6. punct.* 23. §. 1. *num.* 5. de Lugo *de just. disp.* 27. *num.* 64. Et ratio est, quia census inter immobilia connumeratur, & fructus fert. Vide Duard. *in const. Pii V.* §. 1. *q.* 35.

Quod si agamus de censu consignativo, tunc solum constitui super re jam censui subjecta potest, cum fructus illius huic novo oneri sufficiunt; quandoquidem res censui subjicienda debet esse libera, & oneris, quod ipsi imponitur, capax; alioqui tamquam infrugifera erit habenda, Tolet. in *summa lib. 5. cap.* 45. *num.* 2. Bonac. *loc. cit.* Guttierez 2. *q.* 7. *Can. q.* 176. *sub finem*, Scaccia *de commerc.* §. 1. *q.* 1. *num.* 178. Duard. *d.* §. 1. *q.* 6. *num.* 16. & *qu.* 47. *num.* 21. contra Cenciuim *q.* 39. *n.* 2. & *seq.*

CAP. IV.

De personis Censum constituentibus.

OMnes, qui possunt res suas alienare, possunt easdem censui subjicere, propterea quod census alienationis species est, ex *cap.* 1. & 2. *de emt. & vendit.* Hinc fit, ut qui censum constituit, non solum sit dominus opus est, sed etiam, ut liberam rerum suarum administrationem habeat, ut mox in progressu patebit: & præterea opus

opus est, ut rem liberam habeat, non alteri hypothecatam, aut obnoxiam; eo quod emtor census facile ab eo, qui priorem hypothecam habet, posset repelli, ex quo censum amitteret, præsertim si censuario alia bona non suppetant, unde censualistæ fieri satis posset: neque censualista habebit actionem ullam contra eum, qui rem ut sibi prius obnoxiam vindicavit. Itaque si quis super re minime libera alteri censum vendat, pluribus emtori succurritur actionibus.

I. Enim agere potest ad rescissionem contractus, & ad pretium solutum repetendum; nam semper pretium ex juris censura intelligitur datum ad emtionem census super re libera: quare re non existente libera, pretium revertitur ad dantem, ex regula, datum ob causam, causa non sequuta repetitur, *tot. tit. ff. de condict. ob causam*, & *tit. de condict. causa data, causa non sequuta*. Ita Novar. *de usur. num.* 118. Duard. §. 1. *q.* 5. *num.* 4. *& seq.*

II. Potest contra venditorem agere, ut fundum censitum liberet, aut censui consentire faciat eos, qui habent potiora jura in fundum; quippe venditio rei non liberæ, aut etiam alienæ valet in præjudicium vendentis, Scaccia *de commerc.* §. 1. *q.* 1. *num.* 182. Roderic. 2. *de annuis redditibus q.* 7. *num.* 7. Itaque in odium venditoris rei alteri obnoxiæ, dum de onere tacet, duæ licet contrariæ, conceduntur actiones, vel ut rescindatur venditio, vel ut valeat, sed res libera præstetur.

III. Potest emtor agere ad omne id, quod interest, rem non esse liberam; exemplo ejus qui emit rem vitiosam a domino, qui vitium tacuit; agit enim, ut sibi reficiatur id, quod interest, *l. Julianus ff. de act. emti.*

Ita quoque si censuarius rem censitam vendat, venditio quidem valida erit, rescindi tamen potest ab emtore, vel peti, ut sibi ab omni onere libera præstetur, Molina *disp.* 389. *num.* 6. His positis, de personis ipsis in specie videamus.

Proprietarius.

DIximus jam qui nudam rei proprietatem habet, non posse verum in re censum constituere, sed solum posse eam velut hypothecæ subjicere, prorsus ut census ex fructibus reliquorum bonorum præstandus sit; atque ita intelligi debere constitutionem Nicolai, ubi ait, censum recte constitui in rebus & proprietatibus. Verum quia Cencius *q.* 14. & Duardus §. 1. *qu.* 11. *num.* 5. omnino affirmant, dominum solius proprietatis rei, verum censum super ea re posse constituere, ideo clarius nostra conclusio probanda est.

Itaque dicimus in re, cujus quis nudam proprietatem habet, vendendo censum, nihil vendit. Ergo ficta venditio est. Probatur antecedens. Non venditur, ipsa proprietas, quia ea apud eundem remanet: non venduntur fructus, quia non proprietarii, sed usufructuarii sunt: non venditur jus ad fructus eos percipiendos, quia proprietarius eo jure caret, & eapropter in alium transferre non potest. Ergo nihil vendit. Quocirca videtur dicendum sub ea ficta venditione latere mutuum, & solum fieri ad usurarum velamen.

Cum vero ait Cencius, ex Bulla Pii exigi simpliciter rem frugiferam, super qua census constituatur, non autem dici, opus esse, ut ipsi vendenti censum frugifera sit; id utique ineptum est, & contra mentem S. Pontificis, qui ideo rem frugiferam esse voluit, ut ex his fructibus pensio solveretur: propterea censuario debet esse frugifera; ut ex ipso Cencio patet, qui censum definivit, jus esse percipiendi annuam responsionem extrahendam ex fructibus rei. Quod quidem fieri non potest, ubi qui vendit censum nec fructuum, nec juris in eos fructus dominium habet.

Usuarius.

QUi nudum usum habet, nullum in eo censum constituere potest, quia nudus usus sine fructu est, cum sit jus alienis rebus, quantum sibi necesse est, utendi, salva rerum substantia, *l.* 1. *&* *l.* 10. *cum duab. seqq. ff. de usu & habit.* Hinc neque pignori potest opponi, *l. videamus* 1. §. *pen. & l. ult. ff. de usur.* Cujac. 15. *obs.* 6. sic multo magis nec vendi, aut locari, aut donari, aut quo alio modo transferri in alium ab usuario potest, *l.* 10. §. *si*

usus ff. communi divid. l. 11. ff. de usu & habit. Ergo neque in eo potest Usuarius censum constituere, Felician. 2. de censib. cap. 4. num. 6.

Usufructuarius.

HIc super ipso usufructu seu jure utendi fruendi potest censum constituere, si jus istud fruendi super re immobili fundatur, veluti prædio; nam possumus etiam utifrui servis, & pecoribus, census autem super re immobili, vel quæ pro immobili habentur, constitui debet, juxta ea, quæ supra disputavimus. Cum ergo ususfructus immobilis sit, & præterea frugiferus, nihil ei deesse videtur, quominus censui subjici possit. Verum quia ususfructus morte fructuarii finitur, census super illo constitutus non erit perpetuus, sed vitalitius, vel certe temporalis, quandiu scilicet jus utendi in fructuarii persona permanebit. Ita Bonius *hoc tit. art.* 23. *num.* 49. Duardus in §. 1. *qu.* 24. *num.* 4. Riccius *coll.* 41. aliique passim.

Hæc tamen sententia difficultate non caret. Nam jura distinguuntur in realia, & personalia. Illa sunt, quæ rebus ipsis inhærent, non personis; qua de causa in heredes & successores transeunt, & in feudum dari possunt, uti sunt jura piscationis, pastionis, vectigalium, & id genus alia, Rosental. *de feud. cap.* 4. *conclus.* 2. *num.* 2. Ista e contrario sunt, quæ personæ inhærent, & cum ea extinguuntur, nec in heredes transeunt, cujus generis est ususfructus, qui servitus personalis est, *l.* 1. *ff. de servitutib.* & morte usufructuarii extinguitur, *l. Statius Florius* §. *Cornelio ff. de jure fisci*. Ex quibus apparet, ad censendum jus aliquod inter immobilia, non esse satis, ut in re immobili fundetur, quod Auctores prioris sententiæ opinantur, sed præterea opus esse, ut ipsi rei cohæreat, non personæ, & cum illa extinguatur, non item cum ista; ita enim jus reale, & immobile dicetur. Ita Leotard. *de usur. q.* 51. *num.* 24. *cum seq.* Ugolinus *de usur. cap.* 44. *num.* 15. quos sequitur Gibalinus *cap.* 6. *art.* 14. *consectario* 2. qui his positis, ita argumentantur. Census realis (nam de hoc quæstio est) nequit nisi in re stabili, sive jure reali, quod pro stabili habetur, constitui: sed hujusmodi non est ususfructus, qui jus personale est, imo a nonnullis etiam personalissimum dicitur: ergo recte in eo census nequit fundari.

Addit Molina 1. *de primogenitura cap.* 19. *num.* 1. censum semper tangere proprietatem, quæ hypothecatur censualistæ, etiamsi census super usufructu constitui dicatur. Cum ergo fructuarius proprietatem pignori opponere non possit, *l. si tres,* & *l. rem alienam ff. de pignor. act. l. qui prædium,* & *l. ult. C. si res aliena pignori data sit*; hinc fit, a fructuario censum super usufructu non recte constitui.

Ita nec super meliorationibus, seu emponematis, & accessionibus rei, quos ipse fructuarius fecit, & curavit, post ullum censum imponere; quia usufructuarius non magis eorum, quam ipsiusmet fundi dominus est; cum emponemata, seu meliorationes cedant solo, *l. adeo* §. *ult. ff. de acq. rer. dom. l.* 21. *ff. de pign. act.* Covar. 1. *var.* 8. *num.* 4. Itaque census super istis meliorationibus ab usufructuario constitutus, in re aliena constitutus dicetur, ac proinde nullus. Cencius in *additionibus ad qu.* 25. *num.* 10. qui ita in Rota Romana decisum refert.

Feudatarius, seu Baro.

DE potestate Baronis in censu constituendo non una est Doctorum opinio; nam quidam tradunt censum constitutum valere, sed tamdiu esse duraturum, quamdiu Baro feudo utetur fruetur, Clarus §. *feudum q.* 37. Martinus *cap.* 4. *de de censibus num.* 89. Cencius *q.* 21. *n.* 10. *& seq.* ex communi sententia Ferdinandus a Castro *de justitia disp.* 6. *punct.* 23. §. 4. Et moventur eadem ratione, qua volunt fructuarium posse in jure utendi fruendi censum constituere. Alii tamen negant cum Feliciano *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 19. Marescotto 3. *var.* 10. *num.* 60. *& seq.*

Verum hæc difficultas tolli non potest, nisi ipsa feudalia jura inspiciamus, tam de jure communi, quam Regni nostri.

Igitur jure communi Feudorum invalide census super feudo constitueretur a Barone, inscio, aut invito domino; cum enim illo

lo jure feudum neque alienari, neque obligari a vasallo sine Principis venia queat, *cap. imperialem, de probibita feudi alienatione per Federicum*, & census alienationis species sit, & præterea includat rei censitæ hypothecam, inde fit, non posse censum a Barone sine domini consensu in feudo valide constitui. Idipsum est de jure Regni nostri ex *constitutione Constitutionem divæ memoriæ*, ubi omnis etiam alienatio in re feudali concepta, sive venditio, sive donatio sit, sive hypotheca, sive quævis alia diminutio, prohibetur inscio, vel invito domino.

Hoc tamen inter utrumque jus interest, quod de jure communi contractus est statim nullus, & Baro feudo privatur: at in Regno nostro nec feudum amittitur in pœnam, nec contractus est nullus, sed tantum invalidus, quem ipse Baro ut injustum revocare poterit, non suo jure, sed auctoritate Magistratus, Theodorus *alleg. 96. num.* 21. Sed si Regis assensus intra biennium a die celebrati contractus impetretur, contractus consistet, Anna in *d. constitut. num.* 135.

Hinc ergo fit, non posse vendi annuos reditus super re feudali sine consensu domini directi, *pragm.* 4. §. 5. *de feudis*: atque ita intelligenda est constitutio Martini V. qui Baronibus census super dominiis suis imponere posse permittit. Notat tamen Follerius ad *pragm.* 1. *de censib.* si Baro vendat censum super feudo sine voluntate domini, sed ex propria pecunia solutionem promittat, eam venditionem valere. Quod tamen falsum omnino est, quia semper feudum dicetur saltem hypothecatum pro solutione census; & hypotheca de jure novissimo Regni nostri nequit sine Proregis consensu feudo imponi, *pragm.* 22. *de feudis*, Mariu. 2. *resol.* 32.

Emphyteuta.

SUnt qui docent, emphyteutam esse prohibitum super emphyteusi censum alteri constituere, Bonacina *de contractib. disp.* 3. *q.* 4. *punct. un. num.* 120. Azor. 3. *part. lib.* 10. *cap.* 7. *qu.* 4. Ugolin. *de usur. cap.* 44. *num.* 4. Scaccia *de commerc.* §. 1. *q.* 1. *num.* 187. Gratianus 5. *discept. forens. cap.* 903. *num.* 3. Et moventur ex eo, quia emphyteuta nequit sine domini consensu emphyteusim alienare, *l. ult. C. de jure emphyt.* Ergo neque illi hypothecam, aut aliud onus imponere potest; propterea quod prohibita alienatione rei, prohiberi quoque intelligitur ejusdem rei obligatio, ut oppigneratio, & subjectio, *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Cum igitur census & onus sit, & rem hypothecæ opponat, consequens sit, ut census super emphyteusi nequeat a domino utili imponi.

Est tamen contraria opinio magis communiter recepta, scilicet emphyteutam rei emphyteuticæ censum imponere posse, secluso tamen directi domini præjudicio; hoc est, si quo casu emphyteusis finiatur, redeatque jure devolutionis ad dominum directum, libera a censu per emphyteutam imposito redibit, Cencius *q.* 22. *num.* 8. Redoanus *de reb. Ecclesiæ non alien. rub.* 15. *num.* 20. Rodericus *de annuis reditibus lib.* 1. *q.* 3. *num.* 7. Boerius *decis.* 181. *num.* 7. aliique cum Leotard. *de usur. q.* 51. *num.* 10.

Et probatur, quia emphyteusis eas omnes habet conditiones, quæ ad materiam census exiguntur, cum sit frugifera, & præterea stabilis; non enim emphyteusis est jus personale, ut usufructus, qui re extincta perimitur; sed jus reale est, & perpetuum, quod dominus directus auferre non potest, nisi vel ob pœnam, vel ob lineam finitam, *cap.* 7. *de reb. Eccl. alien. vel non.*

Neque obstat, emphyteutæ alienationem prohiberi; nam quamvis verum sit, sub alienationis prohibitione censeri etiam obligationem prohibitam, id tamen intelligamus oportet, quando leges specialiter obligationem non permittant; ita enim in *d. l. ult. C. de reb. alien.* Justinianus loquitur: *Nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas aliquid tale permiserit.* Jam emphyteutæ permissum est emphyteuticum prædium pignori, atque hypothecæ subjicere ex *l. tutor* §. *ult. ff. de pigner. act.* ubi dicitur. *Etiam vectigale prædium pignori dari potest, sed etiam superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur*, Faber *de error. pragm. dec.* 63. *err.* 8. & nos late in *tract. de pignorib.* ubi *de hypotheca expressa disc.* 5. Unde communis

nis opinio est, emphyteutam posse emphyteusi servitutem imponere domino irrequisito, Rodericus *d. lib.* 1. *qu.* 3. Peregrinus *de fideicomm. art.* 40. *num.* 113. Molina 1. *de primogen. cap.* 20. *num.* 2. in quarum servitutum numero est etiam ususfructus, quem in re emphyteutica constitui posse, patet ex *l.* 1. *ff. quib. modis ususfr. amittatur*, ibi: *Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali, vel superficiario jure constitutus, capitis diminutione amittitur*. Nihil igitur causæ est, cur in eadem re census constitui non possit.

Unde est etiam, quod ex venditione census super re emphyteutica constituti, nullum debetur laudemium; quia id debetur ob consensum, quem dominus directus præstat pro alienatione rei; at in census constitutione, nullus exigitur domini directi consensus, ut jam probatum est. Ita DD. apud Burgium *de laudem. part.* 2. *inspect.* 20. *num.* 27. Rodericus *lib.* 3. *qu.* 4. *num.* 4. Gutierr. *de jur. confirm. part.* 1. *cap.* 3. Faber in C. *tit. de jure emphyt. def.* 72.

Ex his colligit Duard. §. 1. *q.* 12. *num.* 30. emtorem census, qui sciebat rem, super qua constituitur, emphyteuticam esse, idque se ignorare finxit, ut posset deinde discedere a contractu, & pretium repetere cum reditibus, usuram committere; propterea quod non habuit animum emendi, sed fœnerandi; eoque tenebitur pensiones exactas aut in sortem computare, aut restituere.

Libellarius, & Superficiarius.

Libellus, sive libellarius contractus est conventio de re utenda fruenda data in perpetuum sub annua paucorum denariorum pensione, & ab emphyteusi in tribus differt, primo, quia libellus certis temporibus, v. g. vigesimo quoque anno innovatur, numerato certo pretio boni viri arbitratu, quod non est in emphyteusi: secundo quia datur emphyteusis, ut res recreetur, & melior reddatur, quod onus in libello non est: tertio, quia emphyteusis inconsulto domino vendi non potest, cum aliud juris in libello sit. Ita DD. apud Azor. *part.* 3. *moral. lib.* 10. *de emphyteusi cap.* 1. *qu.* 4. Vide Neguf. *de pignor. part.* 2. *memb.* 2. *n.* 51. & Cujacium ad *lib.* 1. *feudorum tit.* 2. qui duas alias addit differentias, & quod emphyteusis nonnunquam ad tempus, libellus semper in perpetuum concedatur, *cap.* 1. *de alienat. feudi*; & quod in libello est commisso locus post biennium, sicut in locatione, cum in emphyteusi triennii cessatio exigatur. Et dicitur libellus a brevi scriptura, quam exigit; quippe brevis scriptura libellus dicitur: unde in constitutione Lotharii habetur, *libellum, vel aliud instrumentum*. Alii tamen a libella deducunt, quæ fuit minuti nummi Romani genus, quem idem cum asse putat Scioppius in *paradox. ep.* 15.

Quoniam ergo libellus perpetuus est, & frugiferus, & præterea vendi, & obligari potest, inde fit, ut super re libellaria recte census constituatur, Felician. *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 24. Duard. in §. 1. *q.* 13. modo in concessione libelli alienatio & obligatio prohibita non sit; quod pactum etiam in emphyteusi solet apponi.

Superficies hic est, quidquid alieno solo ex domini consensu inædificatur, sive domus sit, sive vinea, olivetum, aut quid tale, cujus ipse superficiarius utilis dominus esse intelligitur: quocirca ea ferme omnia, quæ soli domino concessa sunt, superficiario quoque permittuntur, ut novum opus nunciare, *l.* 3. §. *si ego ff. de novi operis nunciatione*: ita & servitutem in superficie imponere, & eandem superficiei acquirere, *l.* 3. *ff. de servitutib. l.* 1. *in fine ff. de superficiebus*; ita quoque pignori, vel hypothecæ dare, *l.* 13. §. *in superficiariis ff. de pignorib. l. etiam ff. qui potior in pignor.* & si in possessione turbetur, se defendere interdicto, Uti possidetis, *l.* 1. §. *proponitur ff. de superficiebus*, *l.* 3. §. 7. *ff. uti possidetis*. Et demum superficiem donare, & legare ei permissum est, *d. l.* 1. §. 7. *ff. de superficiebus*.

Ex quibus patet nihil esse causæ, cur idem in superficie censum constituere non possit, maxime, cum superficies res immobilis, & frugifera sit, ex *l.* 44. §. 1. *ff. de oblig. & actionib.* Hic tamen census non durabit, nisi quandiu durabit jus superficiarii, uno excepto casu, quo superficies ea lege concessa sit, ut liceat superficiario in ea exædificare in perpetuum; tunc enim cen-

census erit omnino perpetuus, ut ipsius superficiarii jus.

Prohibitus alienare.

Varia in hac re est DD. opinio. Quidam enim putant, venditionem census in re, quæ alienari prohibita sit, jure validum esse, quamvis jus percipiendi fructus revera in emtorem non transferatur, Marescott. 2. *var.* 61. Quod probant ex eo, quia prohibitio alienationis non impedit venditionem, sed dominii translationem, sine qua translatione venditio consistit. Valida itaque erit venditio census in præjudicium venditoris, qui ad id, quod interest, & ad evictionem tenebitur emtori, *l.* 1. & 11. §. 1. *ff. de act. emti*, *l. contractus C. de fide instrum.*

Communis tamen sententia est, in re alienari prohibita censum invalide constitui, aut vendi, utpote quæ neque pignori, neque servituti subjici recte potest, *l. fin. C. de reb. alien.* Et ratio omnium est, quia in pignore, & in servitute oportet jus aliquod in re constitui, quod rem attingat, ut loquitur Ulp. in *l. sed etsi lege §. si tamen ff. de petit. hered.* Quod jus in alium transferre non potest, qui alienare prohibitus est, *d. l. fin.* Cum ergo in venditione census opus sit jus aliquod in re constitui, & in alium transferri, ut jam supra dictum est; hinc fit, ut is, cui rei alienatio prohibita est, censum in eadem re constituere non possit.

Ad argumentum contrarium respondet Felician. *lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 9. distinguendo inter venditionem aliarum rerum, & venditionem census, quæ longe inter se differunt. Quippe in omnibus aliis venditionibus, res, quæ venditur, vel jam existit, vel certe futura speratur in rerum natura, ut si vendam fructus, qui ex fundo meo nascentur. Secus vero est in venditione census, in qua res, quæ venditur, ipsa venditione creatur, cum antea neque extiteret, neque extitura speraretur. Hinc fit, ut venditio aliarum rerum, quamvis ex alienæ sint, aut certe alienari prohibitæ, valeat; cum enim res, quæ venditur, extiat, utique vacua ejus possessio tradi alteri potest: quod unum in ceterarum rerum venditione exigitur, *l. si ita ff. de contr. emt.* At vero in venditione juris census, quod ipsa venditione creatur, nihil est, quod tradi possit, ubi res aut aliena est, aut alienari prohibita.

Quod si dicas, hanc venditionem census in re, quæ alienari prohibita est, ideo validam esse, quia venditor conveniri potest actione ex emto ad restitutionem pretii, & ad id, quod interest emtoris, ut sæpe decidit Rota apud Cencium, & tradit Salas hic *dub.* 7. Duard. in §. 1. *q.* 7. *num.* 41. & 44. Bonac. *de contractib. disp.* 3. *q.* 4. *num.* 8. Respondemus hæc quidem vera esse, non tamen inde probari, constitutionem census validam esse; nam & liberi hominis venditio invalida est, tamen emtor potest ex emto agere ad id, quod interest, *l. liberi*, ubi Gloss. *ff. de contr. emt.* Ratio est, quia actio ex emto est bonæ fidei: & propterea ex bono, & æquo conceditur in eo etiam casu, quo emtio non valet, *l. qui officii ff. cit. tit.*

Heres fideicommisso gravatus.

Si fideicommissum ita creditum heredi sit, ut non modo restituendum veniat, sed etiam alienari prohibeatur, itaut præter tacitam legis prohibitionem, adsit expressa testatoris voluntas, nequit censui supponi, ut constat ex modo dictis de eo, qui alienare prohibitus est. Alius casus est, cum ab eo, qui onus fideicommissi injunxit, non est expresse addita alienandi prohibitio, prorsus ut hæc alienandi prohibitio tacite tantum insit ex onere restituendi, ipsi heredi injuncto in favorem fideicommissarii: quod quidem onus inducit legalem alienandi prohibitionem; & eo casu licite census imponitur, dummodo sermo sit, non de fideicommisso puro, quod statim restitui debeat, in quo nullum censum constitui posse constat inter omnes; sed de eo, quod ex adventu diei, vel conditionis pendeat, ut si dictum sit, Rogo ut restituas post mortem tuam, vel, si navis ex Asia venerit; tunc enim pendente die, aut conditione, licet heredi gravato censum in iis bonis constituere; qui tamen duraturus sit ad id solum tempus, quo dies advenerit, vel conditio purificetur, & non ultra, ex

ex regula, quod resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, *l. lex vectigali ff. de pignorib.*

Idque probatur ex pluribus, & primo, cum res certa in diem certam restituenda fuit relicta. Nam heres dominus rei est, donec dies a testatore statuta advenerit, prorsus ut interim ei actio reivindicationis concedatur, *l. non ideo ff. de reivind.* unde est, quod heres alteri ad eam diem rem fideicommisso subjectam concedere potest, *l. peto §. prædium ff. de legat.* 2. Ergo multo magis in eam diem census super eadem re potest imponi.

Objicies cum Peregrino *de fideic. art.* 40. *num.* 2. cui consentit Gibalinus, *cap.* 6. *art.* 14. *consectario* 3. textum in *auth. res quæ C. communia de legat.* ex quo res, quæ subjacent restitutioni, prohibentur alienari, vel obligari: qui textus desumtus est ab Irnerio ex §. *quamobrem*, *auth. de restitutione & ea quæ parit*. Ex quo permotus Angelus *ibid. in princ. n.* 2. generatim tradidit, bona fideicommisso subjecta non posse neque etiam die pendente, hypothecæ, vel pignori dari, quem sequutus est Alexand. in *l. si constante num.* 28. *ff. sol. matr.* & alii, qui docent, per eum textum corrigi reliqua omnia jura, quæ in contrarium adducuntur. Confirmant idipsum ex *l. fin. §. fin autem C. communia de legat.* in illis verbis: *Melius quidem faciet, si & in his casibus caveat ab omni venditione aut hypotheca.*

Pro responsione sciendum est, in *d. §. quamobrem*, nullum legi expressum verbum, quo prohibeatur alienatio, vel obligatio eorum bonorum, quæ restitutioni, vel fideicommisso subjecta sunt; tamen ex mente legis id collegisse Irnerium, cum hanc prohibitionem expressit in *d. auth. res quæ*. Collectionis ratio est, quia Justinianus impertitur alienationem, aut obligationem, cum agitur de dote, & de donatione propter nuptias; quia ergo exceptio firmat regulam in contrarium, ideo his duobus casibus exceptis, in reliquis omnibus regula erit, ut vetita hypotheca, & alienatio intelligatur. Quæ quidem verissima esse fatemur, sed nihil contra nos; quin ex his responsio ad argumentum patet. Nam cujus generis est exceptio, ejusdem est regula; quapropter cum Justinianus in *d. §. quamobrem* sermonem habeat de alienatione, vel obligatione irrevocabili, ut est ea, quæ fit ex causa dotis, vel donationis propter nuptias restituendæ, &, ut DD. tradunt, etiam constituendæ: propterea prohibitio cadet etiam in distractione, & oppigneratione irrevocabili, quæ nimirum per casum restitutionis non revocatur. Quod nos quidem ultro concedimus: nam, cum dicimus, pendente fideicommisso posse bona oppignerari, & distrahi, id ita capimus, ut hæc omnia in fideicommissi restitutione evanescant, ut jam notavimus ex *d. l. lex vectigali ff. de pignor.* Per id vero, quod spectat ad textum in *d. l. fin. §. fin autem*, respondemus ejus textus verba ita esse concepta, ut consilium tantum dare videantur, cum dicunt, *Melius quidem faciet &c.* quod utique non necessitatem legis, sed consilii arbitrium demonstrat; & præsertim, quia Justinianus in eadem lege hæc subdit: *Sciat, quod conditione impleta ab initio causa ad irritum revocetur.* Quæ verba satis demonstrant, interim pendente fideicommissi die, hypothecam, & distractionem substineri, cum non dicantur nullæ, sed ad irritum revocari tunc, cum restitutio facienda est.

II. Si fideicommissum relictum fuerit sub conditione, & in diem incertam, minor dubitatio est posse ab herede super illo censum, usque ad impletam conditionem vel diei adventum constitui; ita tamen, ut si conditio ob aliquem eventum non existat, & per consequens restitutio facienda non sit, census constitutus ex temporali fiat perpetuus. Ita Covar. *var. cap.* 8. *num.* 5. Guid. Papa *dec.* 69. Duard. in §. 1. *q.* 7. *num.* 46. Cencius *qu.* 19. *num.* 1. & 4. qui ita etiam compluries in Rota Romana judicatum refert.

Hujus rei ratio eadem omnino est, ac in superiori casu de fideicommisso in diem, ut mirum omnino sit DD. inter eos potuisse distinguere. Nam quandiu res manet apud heredem, & conditio pendet, heres illius dominus esse dicitur, *l. generaliter §. sub condit. ff. qui & a quib. l. si fur ff. de usufr. legato*, *l.* 1. *§. si servi ff. ad Syllan.* propterea in præjudicium heredis vendentis, & in favorem ementis, rei alienatio valida est, quandiu res est apud he-

re-

redem mansura, *d. l. peto* §. *prædium ff. de legat.* 2. Ergo pro eo tempore potest censum illi rei imponere, & potest gaudere jure utendi fruendi re sua toto eo temporis tractu.

Excipe ut alienatio valeat etiam post restitutum fideicommissum. I. In iis casibus, quibus heres restituere rogatus, potest ex justa causa fideicommissum parte aliqua diminuere, veluti urgente necessitate dotandi, aut restituendæ dotis, aut redimendi ab hostibus, quippe potest tunc in ea parte heres etiam censum perpetuum imponere; nam ea fideicommissi pars ex potestate legis non est obnoxia restitutioni, & in ipsa alienatio permittitur: concessa autem semel potestate alienandi, intelligitur concessa potestas censuandi; nam census constitutio non est, nisi juris alienatio, Marin. 1. *resol.* 28. *num.* 9. Ceterum de casibus, quibus fideicommissi diminutio licita est, plene agunt Peregr. *de fideic. art.* 35. *num.* 3. *& seq.* Molina 1. *de primog. cap.* 10. *num.* 4. & *lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 1. Cujacius ad *Novell.* 39.

II. Census valiturus etiam post fideicommissi restitutionem, constitui ab herede gravato potest super melioramentis, quæ ipse in fideicommisso suis sumtibus fecit: quia eorum heres dominus est, neque ea veniunt in restitutionem fideicommissi, sed deducuntur, Marescottus 2. *var.* 64. *num.* 4. Cencius *q.* 19. *num.* 37. Duardus in §. 1. *q.* 7. *num.* 3.

III. Si census constituatur super quadrante, quem sibi regulariter heres in restitutione fideicommissi retinere potest ex *Novel. de restitutione & ea quæ parit*, valiturus quoque in perpetuum est, cum habeat in ea liberam alienandi potestatem, Fusar. *de substitut. q.* 545. Peregr. *de fideicomm. art.* 40. *num.* 51. Fachin. 5. *contr.* 53. aliique.

IV. Poterit heres rogatus restituere, & prohibitus alienare, censum etiam perpetuo valiturum in re fideicommisso subjecta imponere, quoties tempore census constituti nullus est, cui facienda sit restitutio; quippe tunc fideicommissum ex *l. cum pater* §. *libertus, in fine ff. de legat.* 2. ibi: *At si nemo vendiderit, & novissimus sine liberis vita decesserit, fideicommissi petitio non perierit.* Idem habetur ex *l. qui solidum* §. *prædium ff. cit. tit.* ex *l. quoties C. de fideic.* Fusar. *de substit. qu.* 551.

V. Si alienationis prohibitio heredi, seu legatario facta est sine causa: & dicitur causa carere prohibitio, quando non invenitur certa persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum sit, veluti si ita caverit, *Nullo modo prædia mea alienet*; quippe tunc nudum præceptum est, ut loquitur textus in *l. filiusfam.* §. *Divi* 2. *ff. de legat.* 1. & in *l. Lucius, in princ.* & in *l. pater filium* §. *Julius Agrippa ff. de legat.* 3. hoc est consilium potius est, quam præceptum, ut explicat Cujac. in *d.* §. *Divi*. Itaque tunc & alienatio, & census impositio valida erit, ut ex dictis juribus patet.

Quæres I. utrum fideicommissarius possit censum super fideicommisso imponere? & dicimus etsi fideicommissum purum sit, vel quia nulla dies, aut conditio fuit apposita, vel quia jam dies advenit, aut conditio impleta est, tamen non posse super eo censum a fideicommissario imponi, nisi re, vel verbis, vel ipso jure facta restitutio sit; quia ante eam restitutionem revera fideicommissarius dominus non est, *l.* 63. & *l.* 70. §. 1. *ff. ad Trebell.* ut propterea, constituendo censum, eum rei alienæ imponeret. Ita contra Cencium, & Duardum docet Leotardus *de usur. q.* 54. *num.* 45.

Objicies: valet oppigneratio, & obligatio rei futuræ, saltem sub conditione si res nostra fiat, ut patet in generali hypotheca bonorum omnium, & quæ præsentia, & quæ futura sunt. Igitur & super rebus futuris census constitui poterit.

Respondemus negando paritatem: nam longe distant pignoris obligatio, & census impositio. Ratio disparitatis est; quia census, cum sit jus percipiendi pensionem ex fructibus rei, utique hoc jus transferri in alium nequit, nisi a domino rei, qui scilicet dominus sit, dum illud transfert. Secus est in pignore, ex quo nihil capit creditor, ut propterea nihil impediat, quominus res aliena creditori obligetur sub ea lege, si debitoris facta fuerit; quippe tunc obligata erit sine novo contractu, ex vi tamen prioris contractus.

Quæres II. an in majoratibus census constitui possit? Et hic non quæritur de primo

mo instituente majoratum, qui potest pro libitu quascumque ei conditiones apponere; sed quaeritur de succedente. Et ex dictis facile resolvitur quaestio; poterit enim, si non fuerit alienare prohibitus, in illo censum, quandiu vixerit, imponere. Vide Molin. *l. de primogenit. cap.* 20. Ferdinandum a Castro *disput. 6. de justitia, punct.* 23. §. 5. Tiraq. *de jure primogen. qu.* 61. *num.* 10. Cephal. *cons.* 3. *vol.* 1.

Maritus.

SI fundus dotalis datus inaestimato sit, an super eo possit census constitui, non conveniunt inter se DD. quidam enim hunc censum, quandiu matrimonium constiterit, validurum docent, scilicet quia rerum inaestimatarum maritus est dominus civilis, licet uxor sit domina naturalis, *l. in reb. C. de jure dotium*: quippe maritus earum administrationem habet, ipse quoque vindicat; praeterea omnes fructus, & lucra sibi acquirit; quare poterit jus istud percipiendi fructus alteri vendere, quoad ipsius dominium per restitutionem resolvatur, ut post Redoanum, & alios tradit Duard. in §. 1. *quaest.* 15. *num.* 20. & 30. Foller. in *praxi, de censib. v. hujusmodi num.* 22.

Alii in contrarium nituntur, docentes censum in re dotali inaestimato data a marito nec etiam pro tempore constantis matrimonii posse constitui; census enim species alienationis & obligationis est, & maritus fundum dotalem nec obligare, nec alienare potest, ut in *tit. ff. de fundo dotali*, & in *l. un. C. de rei uxor. act.* Ita magis communiter DD. cum Azor. 3. *part. lib.* 10. *cap.* 7. *q.* 6. Bonac. *disp.* 3. *de contract. qu.* 4. *punct. un. num.* 10. Felician. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 13. Marescott. 3. *var.* 10. *num.* 17. Leotard. *de usur. q.* 51. *num.* 40. Prorsus ut nec possit maritus retrovendere censum dotalem, nisi ad hoc, ut censum alium emat, idem Felician. *lib.* 4. *cap.* 16. *num.* 9. Gratian. *forens. cap.* 985. *num.* 4.

Verum Ferdinandus a Castro *de justitia disp.* 6. *puncto* 23. §. 7. *n.* 4. & Gibalin. *cap.* 6. *art.* 14. *consect.* 9. *num.* 21. has pugnantes sententias conciliant, ut census a marito in fundo dotali constitutus substineatur, donec mulier non reclamet, & adversus eum ut invalidum agat; quia cum maritus fundum dotalem administret, & illius fructus percipiat, pro jure suo poterit illud jus alteri vendere, quousque uxor de suo praejudicio non queratur. Quod si mulier huic venditioni consenserit, revocare tamen dissoluto matrimonio illam poterit, nisi suum illum consensum jurejurando confirmaverit, *cap. cum contingat, de jurejur. cap. licet, cit. tit. in* 6.

Si vero fundus dotalis aestimato marito sit traditus, itaut illi emtus censeatur, poterit eum maritus censui supponere, cum eo casu maritus sit fundi verus, & solus dominus, propterea in census constitutione injuriam nullam uxori facit, praesertim cum ipsi licitum sit, fundum ipsum alienare, & obligare pro arbitrio suo, *l. aestimatis, l. aestimatio ff. sol. matr. l. plerumque* §.... *ff. de jure dotium*, Alex. *cons.* 791. *lib.* 5.

Verum tamen est, hunc censum non semper fore perpetuum, quia soluto matrimonio conceditur mulieri rerum dotalium vindicatio, sive aestimatae fuerint, sive inaestimatae, saltem si maritus non habeat in aliis bonis, unde eam aestimationem solvat. Si igitur uxor recuperet has res dotales, ab omni onere, quod ipsis imposuerit maritus, liberas recuperare debet. Ita singulariter Ferdinandus a Castro *d.* §. 7. *num.* 8. & Gibalinus *loc. cit. num.* 22.

Ex supradictis constat, uxorem constante matrimonio, in rebus dotalibus censum constituere non posse, cum domina tantum naturalis sit, hoc est, sine ulla administratione, *d. l. in rebus*, quae tamen administratio in censu, de quo agimus, necessaria est, Duardus in §. 1. *quaest.* 15.

Emtor.

DUplex de emtore quaestio est. Prior de eo, qui rem emit cum pacto de retrovendendo. Et hic censum recte constituet, qui tamen sit duraturus, donec res emta redimatur a venditore: quippe ad ipsum libera & immunis ab omni onere reali, quod emtor imposuerit, redibit, *l.* 3. §. *idem ff. de in diem addict. l. in diem ff. de aqua pluvia arcend.* Et ratio est, quia pendente redemtione emtor vere dominus est, & jus vendendi, donandi, aliterque alie-

alienandi habet, nisi pactis conventis id prohibitum fuerit. Vide Cencium *q.* 18. & Duard. in *d.* §. 1. *quaest.* 16.

Posterior est, cum emtor ex pacto dominium rei emtae non acquirit, nisi integro pretio soluto: quod quidem pactum licitum est, quia non est de natura emtionis, ut actu transferat dominium, sed possessionem vacuam, ut supra diximus, Covar. 3. *var.* 11. *num.* 6. Quaeritur ergo an emtor eo casu, ante integri pretii solutionem, possit super re illa censum constituere? Et negamus, quia emtor ante solutum pretium, rei dominium sibi non quaesivit, ut ex vi pacti palam est, & docet Tiraqu. *de retractu gentilitio* §. 1. *gl.* 2. *num.* 39. Ex quo fit, talem censum ab eo imponi non rei suae, sed alienae, & propterea nullum eum esse, Cencius *q.* 26. cui subscribit Duard. in §. 1. *q.* 17. *num.* 2.

Administrator Universitatis, & Ecclesiae.

ADministrator Universitatis non liberae, sed Principi alicui subjectae, nequit Principis injussu censum super Universitatis bonis constituere; quia eadem licentia necessaria est ad bonorum ejusdem alienationem, aut obligationem, Azor. 3. *part. lib.* 10. *cap.* 7. *quaest.* 8. Felicianus *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 2. Rodericus *de annuis redit. lib.* 1. *q.* 14. Excipe eum citra Principis licentiam bona Civitatis obligari possunt, veluti si alius census redimendus sit, si per sententiam Judicis ad solvendum sit condemnata, aliave id aut necessitas, aut commoditas exigat, de quibus vide Cencium *q.* 23. & Duard. in *d.* §. 1. *qu.* 21.

At vero Administrator Ecclesiae nequibit super bonis ejusdem censum imponere, nisi servatis solemnitatibus, quae in rerum Ecclesiarum alienatione servandae sunt, cum census alienationis species sit, Redoan. *de reb. Eccles. non alien. q.* 17. *num.* 30. *& seq.* Marescott. 3. *var.* 10. *n.* 38. Ugolin. *de usur. cap.* 44. Leotard. *de usur. q.* 51. *num.* 36.

CAP. V.

De pretio Census.

PRetium, quo res quaeque emitur, esse debere justum, ipsa ratio naturalis dictat. Et dicitur pretium justum, quando valor pretii ex aequo respondet valori rei venditae, prorsus ut ex inaequalitate inter hos valores oriatur injustitia, ex quacumque parte horum extremorum sit defectus, Gordonius *lib.* 4. *q.* 5. *cap.* 4. *in princ.*

Hoc pretium duplex est, unum legale, seu legitimum, alterum naturale. Legale est, quod a Principe, vel Magistratu prudenter positum est, velut a lege statutum: & a nobis dicitur *Assisa*. Naturale pretium est, quod communis hominum aestimatio, aut recepta probataque regionis consuetudo, aut denique iis deficientibus, prudentium arbitrium nobis explicat. Id dicitur esse pretium vulgare.

Conveniunt haec pretia, quia utrumque naturalem requirit prudentiam: quippe constituuntur haec pretia consideratis prudenter occurrentibus causis, ob quas debent res venales tanti aestimari. Hinc nunquam pretium ex affectu minus ordinato, aut singulorum utilitate, aut vendentis sensu statuendum est, *l. pretia ff. ad leg. Falcid.* Si autem quaeres, si duo haec pretia concurrant, cui plus deferendum sit, respondetur, pretio potius legitimo, quam vulgari; quandoquidem illud publica auctoritate interponitur, considerato bono Reipublicae, & saepe ad tollendam oppressionis occasionem, vitandaque monopolia, Gordonus *loc. cit.*

Differunt vero, quia pretium legitimum consistit in indivisibili, & in puncto, quod a lege fixum est, ita nempe ut quando pluris venditur merces, quam sit taxatum, fiat injustitia, & oriatur obligatio ad restituendum, Salas *de emtion. dub.* 4. *num.* 5. Scaccia *de commerc.* §. 1. *q.* 7. *ampliat.* 10. *n.* 56. *&* 65. qui omnes concordant, ne in minimo quidem posse pretium ejusmodi violari. Videndum tamen, an Princeps statuat solum terminum excessus ex una tantum parte,

e. g. ne pluris vendatur, nihil deficiens de minori pretio. Quippe hæc taxatio aliquando tota est, scilicet in gratiam emtorum: aliquando etiam, ne minoris vendatur.

Secus est in naturali, seu vulgari pretio, quod latitudinem habet, quo fit, ut in eo detur pretium infimum, medium, & rigorosum: imo & quodlibet etiam horum trium suam habet latitudinem; cum enim hoc pretium plurium æstimatione statuatur, quorum non est in uno puncto consentiens voluntas: quod secus est in pretio legitimo, quod ab uno est. Potest proinde venditor spatiari in hac latitudine, & carius vendere externo, quam amico, & in credita pecunia, quam repræsentato pretio.

His positis, sunt qui putant jure communi inspecto pretium justum in censu non esse legitimum, sed ab hominum existimatione pendere, Gail. 2. *obs.* 7. itaut sint quinque, vel sex pro quolibet centenario, Paris. 1. *cons.* 60. *num.* 19. Alii tamen, si census perpetuus sit, non posse excedere docent, unum pro viginti, hoc est, quinque in singula centena, Menoch. 4. *cons.* 243. *num.* 24. Sed cum nulla in hac re certa regula statui possit, mores patriæ probatos servari debere, ait Covar. 3. *var.* 19. *num.* 5. Gratian. *qq. forens. cap.* 141. *num.* 25.

Quidquid tamen fit de jure communi, in Regno nostro pretium legitimum est, cum non possit excedere 10. in singula centena, *pragm.* 1. *de censibus*. At census emti a Regia Curia, vel ab Universitatibus Regni, redacti sunt ad septem pro quovis centenario, *pragm.* 5. *eod. tit.* Quæ pretii determinatio Principi licita est, qui inspecto prudenter loco, & tempore, rerum omnium pretia pro bono Reipublicæ statuere potest; etsi enim Molsesius *part.* 2. *summæ tract.* 12. *cap.* 6. *num.* 76. dicat pretium id posse a solo S. Pontifice speciali jure decerni; tamen *num.* 85. fatetur Principes posse taxationem a Pontifice factam diminuere, ex eo, quod pretium alicubi, aut aliquando justum, possit alio tempore, aut loco iniquum censeri.

Ex his apparet, in Regno nostro pretium esse definitum in excessu non etiam in defectu; quare si quis censum emat minori pretio, quam lege statutum est, non propterea contra legem faciet.

Sed si census constituatur ultra pretium legitimum a nostris pragmaticis statutum, e. g. quindecim pro quovis centenario, quæstio est, an contractus in totum ruat, an solum vitietur in excessu? Et quidem contractum censualem esse ipso jure nullum, voluit Pratus *to.* 2. *q. forens. cap.* 38. *num.* 19.

Verius tamen est, esse nullum in quantum ad excessum. Quod ex similium illatione probatur, in quibus ex jure communi contractus injusti valent, sed id, quod illicite adjectum est, pro non adjecto habetur, & quod remanet licitum, peri potest. Ita dum immodicas usuras aliquis stipulatus est, tamen legitimas ex vi illius stipulationis exigere potest, *l. placuit*, *l. pecuniæ fœnebris ff. de usur. l. eos §. si quis autem C. cit. tit. l. si pro mutuo C. si certum petatur*. Ita donatio excedens 500. aureos, si insinuata non fuerit, non vitiatur, nisi in eo, quod dictam summam excedit, *l. sancimus C. de donat.* Et licet pater ad secundas nuptias transiens non possit uxori legare plus, quam uni ex liberis prioris matrimonii, *l. hac edictali C. de secundis nuptiis*; si tamen amplius quid legaverit, valebit legatum in quantum ad eam partem, quæ legari poterat. Vide Duard. *qu.* 26. *num.* 18. *cum seq.* Et omnium ratio est, quia in rebus dividuis utile per inutile non vitiatur, *l.* 1. §. *sed si mihi ff. de verb. oblig.* Ergo a pari in censu, quoties exceditur summa a nostris legibus statuta, in excessu solum vitiaretur contractus; itaut excessus exacti extinguant paulatim sortem, Lessius 2. *de justitia* 22. *dub.* 15. Salas *dub.* 23. *num.* 4. Vivius *decis.* 137. Osasc. *dec.* 213. *num.* 11. Petra ad *Ritum* 237. *num.* 13.

Quod si census vendatur minoris, quam sit justi pretii dimidia pars, contractus etiam ipso jure valet, sed venditor graviter læsus jus habet, aut rescindendi contractum, aut petendi id, quod justo pretio deesset; ut in reliquorum rerum venditionibus accidit, DD. in *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* Leotard. *de usur. q.* 59. *num.* 17.

Quæ vero pecunia in emtione census sit necessaria, diximus supra *cap.* 2. *q.* 4.

CAP.

CAP. VI.

De pactis censui appositis.

PActa adjecta contractui censuali, quæ non pugnant cum ejus substantia, nec destruunt solemnitatem substantialem a lege præscriptam, valida sunt, maxime si tendant, ut censualista sit tutus de exactione, Marinis *to. 3. alleg.* 84. Sed de nonnullis magis in specie videndum est.

De pacto anticipatæ solutionis.

TErminus in solutione census apponi solitus est, ut vel in fine anni tota pensio præstetur, vel dimidia ejus quolibet semestri, vel tertia pars quolibet quadrimestri. Quæ quidem omnia licita sunt; nam venditori census ut plurium commoda est ea pretii divisio, nec tamen omnino incommoda emtori, *l. plane ff. fam. ercisc. l. cum hi §. causa ff. de transactionib.* Quæstio tamen est de anticipata solutione, ut si quis census venditor, se obliget solvere annuam pensionem ipso initio anni, aut statim ac census fuerit creatus?

Et dicimus, pactum anticipatæ solutionis illicitum esse, & contra justitiam, quia ex eo pacto debitor solvit, quod non debet, cum solvat antequam debeat, & plus solvit, cum ante tempus solvit, quippe plus tempore petit, qui ante statutum tempus petit. Quare recte id a Pio V. prohibitum fuit, ad evitandam omnem usurariam fraudem: quidquid dicat Ludovicus de Avendanno, qui *tractatu de censib. Hispan. cap.* 43. *num.* 9. negat id in Bulla Pii haberi, quem impugnat Duard. §. 3. *q* 1. qui tamen *qu.* 4. post alios notat pactum istud non reddere contractum nullum, sed illicitum dumtaxat, itaut eo pacto rejecto, substineatur contractus; quandoquidem hoc vitium non est circa substantiam contractus, sed solum circa aliquod accidens.

Excipias tamen, quando onus anticipatæ solutionis alio commodo compensetur, veluti si census pretium augeatur. Ita Molina *disp.* 390. *n.* 5. Ugolinus *de usur. cap.* 45. §. 17. *num.* 5. Navar. *de censib. cons.* 9. *num.* 9. & alii communiter; propterea quod tunc nulla committitur injustitia, quia tota illa obligatio anticipatæ solutionis compensatur ad æqualitatem. Quare in locatione hujusmodi pactum licitum est, cum ita onus commodo, seu pensionis diminutione compensatur, *l.* 19. *ff. locati.* Et Romæ observatur in societatibus officiorum, ut pluribus ostendit Duard. *de societ. lib.* 2. *cap.* 6. §. 7. *qu.* 1. *num.* 5. Ergo etiam in contractu censuali pactum istud justum erit.

Dices: cum ex pacto solvuntur anticipatæ pensiones, percipiuntur ab emtore census fructus prædii, antequam nascantur: quippe pensio ex fructibus solvitur. Quod absurdum in contractu locationis locum non habet, ubi nulli considerantur fructus: propterea licet id pactum in locatione licitum sit, erit tamen in censu illicitum.

Sed quamvis verum sit, pensionem nummariam substitui loco fructuum, falsum tamen est, eam exigi non posse nondum natis fructibus. Nam inde sequeretur, neque in pactum deduci posse, ut pensio singulis quadrimestribus solvatur: quippe facile accidit, ut labente, e. g. primo quadrimestre, nulli dum ex prædio fructus nati sint: & tamen licite a censualista pensionis portio exigitur, ut recte notat Leotardus *q.* 63. *num.* 4. Sequeretur etiam, ut tempestate, aliove casu pereuntibus fructibus, nulla pensio exigi posset; cum e contrario ex Bullis Pontificiis constet, casus fortuitos fructuum ad dominum prædii, non ad emtorem census pertinere. Et omnium ratio est, quia ideo pensio nummaria loco fructuum substituta est, ut certa sit, & fructuum inconstanti proventui non subjaceat, ut supra dictum est.

Hinc petes, quid statuendum sit, si census sit fructuarius? Et hunc quidem censum, nisi collectis fructibus, præstari non posse, docent Cencius *q.* 3. *num.* 10. & *q.* 83. *num.* 1. Menoch. 4. *præsumt.* 103. *num.* 19.

Id tamen Duard. §. 3. *q.* 5. *num.* 13. verum esse ait, quoties convenitur inter contrahentes, ut pensio census fructuarii præstari debeat ex fructibus prædii ipsius, quod censui suppositum est; quippe tunc non nisi perceptis fructibus, exigi ea pensio

sio fructuaria poterit; nam in ea conventione includitur tacita conditio, si fructus nascantur, *l. 26. in princ. ff. quando dies legat. cedat*, *l. 73. ff. de verb. oblig.* Secus vero, si census hic simpliciter conventum sit, ut ex fructibus solvatur; nam census fructuarius etiam nullis natis fructibus solvi debet. Vide Lessium 2. *de just. cap.* 22. *num.* 88. & nos infra dicemus; quod etiam patet ex eo, quia census fructuarius imponi potest super re, quæ non ferat idem genus fructuum, & satis est rem censitam frugiferam esse, quocumque demum genere fructuum, Gibal. *cap. 6. art. 20. consect. 1. n. 3.* Quare communis opinio est, in fine anni solvendum esse censum fructuarium sive totum simul, sive per partes temporibus diversis, prout inter contrahentes convenerit; modo non sit obligatio solvendi anticipate, Duard. *loc. cit. num.* 14. de Lugo *disp.* 27. *num.* 93.

De pacto retinendæ rei hypothecatæ.

SOlet aliquando pacisci, ut emtori census liceat rem hypothecæ substitutam possidere, usque dum ei restituatur a venditore sors una cum eo, quod interest. Quod pactum licitum etiam docet Carlevalius *cap. 2. de judiciis disput.* 8. *sect.* 5. *num.* 51. Petra ad *ritum* 20. *num.* 13. Capyc. Latro *dec.* 169. *num.* 16. Moventur ex eo, quia emtor ex re hypothecata, quam possidet, fructus percipiendo, eos sibi retinet nomine censuum, seu pensionum, quæ ipsi erant a venditore solvendæ, eoque modo fit compensatio, & æqualitas servatur. Quamvis autem fructus rei hypothecatæ aliquando majores esse possint, quam sit census eo anno persolvendus, tamen fieri potest, ut alio anno minor sit copia fructuum, quam census exigat: & ita sterilitas unius anni compensatur cum ubertate alterius, *l. oleo C. de usur.*

Quoties tamen certum est, prædium ita esse latifundium, ut ubertas fructuum valorem annui census excedat, contractus esset usurarius, & rescindendus non quidem in totum, sed in quantum ad excessum, Ursill. ad Affl. *dec.* 20. *num.* 10. Capyc. *dec.* 49.

Recte nihilominus alii advertunt, vi talis pacti contractum non tam esse, aut censeri debere censualem, quam antichresim: quæ est, cum debitor utitur pecunia, & vice ejus, quod interest, creditor utitur re sibi hypothecata, vulgo, *a godere*, Balduinus *de pignor. cap.* 16. Mynsing. 6. *observ.* 7.

De pacto casuum fortuitorum.

HÆc quæstio non est de eo, qui ex natura contractus ad casus fortuitos obligatur vel non obligatur. Quare notandum, casus fortuitos vel posse cadere in fructibus, vel in re, quæ censui supposita est. In fructibus regula est, in contractu quidem censuali, ut casus fortuiti accidant venditori; propterea non valeat pactum, ut emtor eos præstet, nempe ut fructus rei censitæ pereant vi tempestatum, siccitatis, alluvionis, incursus hostilis, & similium, id cedat damno emtoris: sicuti e contrario licitum est pactum, ut eos casus venditor præstet; cum enim ipse sit dominus, regula est, ut casus fortuiti domino accidant, *l. 6. C. de pignor. l. quæ fortuitis C. de pigner. act.* late Leotard. *q.* 64. Hinc Pius V. prohibet conventiones quascunque quæ rejiciunt casus fortuitos in eum, qui ex natura contractus ad illos non obligatur.

In re censita nullum etiam, & illicitum est pactum, ut re peremta vel infructuosa reddita, nihilominus pensio præstetur. Patet ex eadem Bulla; & ratio est, quia materia census debet esse frugifera, & multo magis existens, Gaill. 2. *obs.* 7. Fachin. 2. *contr.* 44. *in fine*, Navar. *de usur. n.* 6. Tolet. in *summa lib.* 5. *cap.* 46. Quæstio tamen est, an pactum istud tollat ipsum contractum censualem, an potius contractui tali rejecto subsistet? & posterius hoc pronunciarunt Theologi Romani in disceptatione habita anno 1581. uti refert Valentia 2. 2. *disput.* 5. *q.* 22. *punct.* 6. §. 4. sequitur post alios Leotard. *q.* 64. *num.* 5.

Non displicet tamen sententia Duardi in §. 5. *qu.* 1. *num.* 24. *& seq.* qui contractum ipsum ex eo pacto perimi docet; propterea quod pactum istud pugnat contra naturam, & substantiam census, qui definitur, ut sit jus percipiendi annuum, vel men-

menstruum ex persona, vel re utili alterius; ergo census stare non potest, peremta re, vel utilitate rei.

Dices I. Hæc conditio advenit contractui censuali jam constituto: quippe prius venditur & constituitur census, & deinde conditio, seu pactum adjicitur: quæ non irritat contractum ipsum, quamvis conditio sit illicita, aut etiam impossibilis. Ita Gibalinus *cap. 6. art. 20. confect. 3. num. 12. in fine*.

Sed quamvis antecedens propositio vera sit, illatio tamen negatur: quia in conditionibus impossibilibus cum contractibus adjiciuntur: regula est, ut non modo vitientur ipsæ, sed vitient contractum jam constitutum, §. *si impossibilis, de inutilib. stipulat. l. non solum ff. de act. & obl.* etsi favore ultimæ voluntatis secus sit in testamentis, §. *impossibilis de hered. instit.* Certum est autem, conditionem, quæ contractus naturæ, seu substantiæ repugnat, esse impossibilem, non modo jure, sed natura: ergo & ipsa vitiatur, & vitiat etiam contractum.

Dices II. Similia pacta in aliis contractibus licita sunt, scilicet ut quis de casu fortuito teneatur, Gomez 2. *var. 3. n. 19.* propterea quod pacta contrahentium legem dant contractui, *l. contractus ff. de reg. juris*, *l. 1. §. si convenit ff. depos.* Ergo ex eadem ratione idipsum esse debet in censu.

Hoc tamen argumentum si vim haberet, plus probaret, quam adversarii volunt; probaret enim, pactum de casu fortuito in censu esse licitum, quod est contra Pii constitutionem, ubi hæc verba leguntur: *Ejusmodi conventiones directe, aut indirecte obligantes ad casus fortuitos eum, qui alias ex natura contractus non tenetur, nullo modo valere vult*. Et ratio disparitatis est, quia in aliis contractibus, e. g. in deposito, cum depositarius se obligat ad casus fortuitos, nihil contra contractus naturam paciscitur, ut per se patet: at secus est in contractu censuali, qui de natura sua exigit, ut res existat, & præterea fructus ferat, ut census dici possit ex re percipi. Propterea licet in ceteris id pactum licitum sit, in censu tamen est illicitum, imo impossibile natura, redditque totum contractum nullum, ut diximus.

Præterea notandum est, quod vulgo ajunt, eum, qui de casu fortuito non tenetur, posse ex pacto ad id obligari, non omnino certum esse. Certe nullo jure probatur: imo textus in *l. contractus ff. de reg. juris*, contrarium suadere videtur; nam cum ibi Ulp. dixisset, posse aliquando contrahentem, qui ex lege de levissima culpa, & de levi non tenetur, ad utramque obligari, si id nominatim convenerit; deinde sine ulla distinctione subdit, casus fortuitos a nullo præstari. Favet etiam ratio, quia iniquum videtur, ut quis non ex culpa, hoc est, ex casu fortuito, remaneat obligatus.

De pactis punientibus moram.

IRrita esse, & nulla declarat Pius V. ea pacta, quibus debitor census ob moram se obligat ad interesse lucri cessantis. Ex qua constitutione duplex oritur difficultas.

Prior est, quia omnis debitor, qui ex mora culpabili officit creditori, tenetur ex naturali æquitate ad totum illud damnum, & nocumentum resarciendum, late Gibalinus *lib. 2. de usur. cap. 5. & 6.* Cur ergo vetuit S. Pontifex censuarium obligari pacto convento ad id, ad quod naturali æquitate tenetur; præsertim, cum id fiat, non sine injuria creditoris, quem jure suo privat, & nocumento afficit?

Varie hanc difficultatem tollere conati sunt jurisconsulti, ut videre est apud Salas *dub.* 11. Molin. *disp.* 390. Leotard. *disp. 66.* Placet nobis, quod ait de Lugo *disp.* 27. *num.* 100. noluisse S. P. id quod interest ob lucrum cessans, in pactum deduci, ob evitandas fraudes; at non propterea voluisse, ne id damnum resarciretur a debitore, quamvis in pactum deductum non sit. Quocirca recolendum est, moram non semper obligare debitorem, sed tunc cum culpabilis est; potest enim accidere, ut quis in mora sit sine sua culpa, veluti si volens solvere, difficultate, aut inopia impediatur, DD. in *l. continuus §. illud ff. de verb. obligat.* Vide Forcatulum *de mora part. 3. in princ.* Itaque quoties mora in pactum deduceretur, utique videretur debitor obligatus ad omnem moram præstandam, etiam eam, quæ culpa vacat;

vacat; nam quæ mora culpabilis est, obligat ipso jure, citra pacti vinculum; & ob hanc causam vetuit S. P. ne interesse lucri cessantis ob moram in pactum deduceretur: non tamen hinc prohibuit, creditorem posse petere ut sibi compensentur damna, quibus eum sua mora culpabili debitor affecit, ad quæ compensanda ex naturali obligatione tenetur.

Posterior difficultas est, cur S. Pontifex prohibuit pactum lucri cessantis solum, ex quo admittit pactum, ut debitor teneatur resarcire damnum emergens, cum in utroque casu verum interesse sit?

Et dicimus, rationem esse, quia interesse lucri cessantis occultius est, & magis fraudibus obnoxium, propterea in pactum deduci non potest, Gibalin. *art.* 21. *consect.* 9. *num.* 40.

Præterea punitur mora pacto rescindendi contractum, itaut peti sors possit simul cum eo, quod interest: quod pactum, quia tendit ad observantiam contractus, & ad faciliorem illius exequutionem, ideo licitum est, Lessius 2. *de justitia* 22. *dub.* 11. Mastrill. *dec.* 95. *n.* 3. Affl. *dec.* 80. Marin. 2. *resol.* 163. *num.* 2. qui addit, tale pactum semper subintelligi, tanquam de stylo apponi solitum, licet omissum, contra Manticam 8. *de tacitis tit.* 23. *num.* 24.

De pactis circa onera.

ONerum duplex genus est; quædam publica, ut sunt tributa, gabellæ, decimæ, aliaque hujusmodi: quædam sunt privata. Itaque Pius V. sic statuit: *Annullamus pacta continentia solutiones onerum ad eum spectare, ad quem alias de jure, & ex natura contractus non spectarent.* Quibus verbis onera omnia sive privata, sive publica continentur; nam & *onerum* vox utrisque convenit, utpote qua denotantur ea omnia, quibus conditio alterius contrahentis deterior fit, *l. un.* §. 9. *C. de caduc. toll. l.* 32. *ff. locati*: & præterea mens S. Pontificis est, ut fraudes usurarias amoveat, quæ non minus locum habere possunt in oneribus realibus, quam in personalibus, ut si obligaretur censuarius ad suscipiendum hospitio dominum census, aut ejus familiam. Ita Navarr. *de usur. num.* 94. Ugolinus *de usur. cap.* 45. §. 13. *num.* 1. & 3. Bonac. *disp.* 3. *de contract. q.* 4. *punct. unic. num.* 35. de communi Leotard. *qu.* 64. *n.* 25. contra Duardum in §. 4. *q.* 39. *num.* 6. qui putavit constitutionem Pii de oneribus tantum realibus intelligi.

Seclusa tamen lege Pontificia, recte his oneribus gravaretur alter contrahentium in contractu censuali, quoties aliquo alio commodo compensaretur: & in nostro Regno Bulla Pii recepta non est, ideo videamus quid statuendum sit.

Primo itaque onera realia imposita rei censitæ, aut ejus fructibus, alia incumbunt emtori annui census, qui propterea tenetur collectas, & bonatenentiam, ut dicitur, solvere, & pactum in contrarium reputatur injustum, Gizius ad Capyc. *dec.* 216. Sanfelic. *dec.* 121. *num.* 7. & sane ex decreto Reg. Cameræ emtores annui reditus bonatenentiam solvunt, nisi Neapolitani sint, qui ex privilegio excipiuntur, Capyc. Latro *dec.* 116. *num.* 61. Rovitus ad *pragm.* 4. *num.* 2. *de immunit. Neap.*

At vero ex his oneribus alia incumbunt venditori, ut solutio adhoæ, & relevii super feudo Provenzal. ad *consuet. Neap. cap.* 16. *n.* 14. Hodiern. 1. *forens.* 47. *num.* 4. Capanus *de relevio q.* 6.

II. Onera personalia emtoris etiam sunt: quare ipse tenetur sportulas proxenetæ & tabellioni, qui censuale instrumentum conficit, solvere: nec pactum in contrarium valet, Rovitus ad *pragm.* 1. *num.* 5. *de censib.*

CAP. VII.

De actionibus Censualistæ, & exceptionibus Censuarii.

DE his nonnulla supra in trascursu vidimus *cap.* 4. *in princ.* agentes de actionibus, quæ censualistæ competunt, si super fundo non libero, seu, ut leges nostræ loquuntur, non optimo maximo jure census venditus sit; nunc alia quædam notanda sunt.

I. Itaque, quamvis in mutuo certum sit usuras usurarum non deberi, ut loquuntur, id quod interest interesse aliud parere non posse: secus tamen in censu est, ubi ex ter-

tertiis non solutis, potest interesse peti. Disparitas inter utrumque casum est, quia in mutuo sors, quæ demortua non est, pro re principali habetur: hujus accessorium est usura, seu interesse; nec debet accessorium accessorii dari, sicuti nec datur accidens accidentis. Non ita est in censu, ubi, cum sors demortua sit, ipsum interesse per se, & principaliter deberi dicitur, non ut accessorium ad sortem; nihil ergo mirum, si aliud ex se interesse parere possit, ut recte notat Anna *cons.* 48. *n.* 17. Franch. *dec.* 254. Medices *cons.* 155. Marin. 1. *resol.* 199. *num.* 1. aliique.

Verum ut in censu ex interesse aliud interesse producatur, dolus debitoris non solventis exigitur; nec enim satis est mora, quæ debiti solutione purgari possit, hoc est, solvendo censum statim ac petitus sit, idem de Marin. 1. *resol.* 133. *num.* 6. Pratus *qq. forens. cap.* 1. *num.* 70. Thesaur. *dec.* 32.

Istud tertiarum interesse judicis arbitrio definiendum est, ex *l. fructus* §. *venditor C. de actionib. emti*, Franc. Marc. 2. *disp.* 59. *num.* 3. qui & illud addit, non posse a contrahentibus hoc interesse in contractu diffiniri, cum ipsi nequeant juri præjudicare, & ex jure hæc diffinitio judicis arbitrio remissa sit, *d. l. fructus* §. *venditor*.

II. Conceditur domino census actio hypothecaria etiam contra extraneum, seu tertium rei censitæ possessorem, excusso tamen prius principali debitore, hoc est, eo, qui censum vendidit, ex regula textus in *auth. hoc si debitor C. de pignorib.* Gama *decis.* 145. Hæc intelligas de jure communi: quippe secus est in Regno nostro, in quo ex *pragm.* 1. ubi Rovitus *num.* 10. *de censib.* competit domino census via executiva, realis, & personalis, etiam contra tertium rei possessorem, etiam principali debitore non excusso, Petrus de Greg. *de censib. q.* 6. *num.* 9. Rationem esse dicunt, quia jus exigendi annuum censum est in rem scriptum, ex quo per consequens oritur personalis actio in rem scripta, Gratian. *cap.* 955. *num.* 38.

At si veras juris civilis regulas attendamus, allata ratio nullo modo sustineri potest. Quod ut recte percipi possit, rem a capite exordior.

Actiones in rem scriptæ sunt, quæ nascuntur ex maleficio, vel quasi, & tamen redduntur non solum contra delinquentem, sed prosequuntur rem, quocunque ipsa transeat. Hæ novam actionum speciem, præter reales, & personales non constituunt, cum Justinianus omnes actiones dixerit, aut esse reales, aut personales, aut ex utroque genere mistas; prorsus ut, in rem scriptæ actiones personalibus accensendæ videantur, non solum quia ex maleficio, vel quasi oriuntur, sed etiam quia Justinianus in *tit. de actionib.* actionem quod metus causa, quæ in rem scripta est, connumerat inter personales, ut recte notat Coras. 1. *miscell.* 22.

Dicuntur autem in rem scriptæ, non quia ad instar realium, rem ipsam comitentur, ut vulgo creditum est; sed quia verba, quibus Prætor eas actiones concedebat, non dirigebantur in personam, sed in rem. Proinde actio, quod metus causa, in rem scripta est; quod Prætor verba in rem concepit, videlicet, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, *l.* 1. *ff. quod metus causa*, & evidentissime colligitur ex Ulpiano in *l. metum* §. *cum autem ff. eod.* Ita quoque omnia interdicta in rem concepta sunt, præter unde vi, *l.* 1. §. *fin. ff. de interdictis*; propterea quod unicum istud interdictum verba non in rem, sed in personam referebat; cum dixerit Prætor in *l.* 1. *ff. de vi & vi armata: Unde vi tu eum dejecisti, aut familia tua dejecit &c.* Et certe hæc ipsa verba, scilicet *Actio in rem scripta*, aliud sinere possunt, nisi ita in rem esset concepta, ut personam non tangant.

Quoniam ergo hujusmodi actiones in rem erant directæ, hinc factum est, ut reddantur contra quemcunque rei possessorem.

Ceterum summe ex eodem Corasio notandum est, hoc procedere in iis solum actionibus, quæ descendunt ex maleficio, vel quasi; quandoquidem istæ rem ipsam respiciunt, & proinde ipsæ solum rem ipsam, quocumque transeat, comitantur. At vero secus est in iis actionibus, quæ originem habent ex contractu, vel quasi, & ex quibus non tam coercetur delictum, seu factum illicitum, quam persona ipsa contrahens. Quod adeo verum est, ut actio de-

depositi, quia orta ex contractu, nunquam rem ipsam persequatur, quamvis actionis depositi verba in rem concepta sint, *l. 1. §. 1. ff. depositi*.

Illud vehementer obstare videtur, quod interdicta Uti possidetis, Ne vis fiat ei, & alia multa, in personam diriguntur, & tamen Ulp. in *l. 1. §. fin. de interd.* ait, ea omnia in rem concepta videri, his verbis: *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*.

Sed respondetur ex ipsis Ulp. verbis facile colligi posse, pleraque interdicta in rem scripta non esse, cum usus sit verbo, Videri, quod plerumque improprietatem denotat, *l. 1. §. dejecisse ff. de vi & vi armata*.

Colligitur hinc I. actionem de dolo, non secus ac Quod metus esse, in rem actionem scriptam esse; quandoquidem verba edicti rem ipsam respiciunt, videlicet, *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus &c. l. 1. §. verba ff. de dolo*.

II. Actionem ad exhibendum in rem scriptam non esse, cum ejus verba in rem scripta non legamus; sed eam mere personalem esse, ut patet ex Ulp. in *l. 3. §. est autem personalis ff. ad exhib.*

Ex his omnibus facile intelligi potest, longe falli DD. cum actionem, quæ censualistæ pro censu non soluto tribuitur, volunt esse personalem in rem scriptam; quippe nulla unquam lex actionem istam in verba concepit: deinde etiamsi conciperet, non propterea in rem scripta actio oriri posset, quia hæc non in contractibus, uti est census, sed in delictis locum habet, ut jam explicatum est. Ut propterea jus, quod domino census viam executivam realem, & personalem concedit, etiam contra tertium rei possessorem, etiam principali debitore non excusso, omnino exorbitans dicendum sit, ex privilegio inductum, contra regulas juris. Præterea actio in rem scripta, quando datur contra tertium possessorem, datur directe supra rem ipsam, nec ipsam personam molestat: at secus est in censu, ex quo contra tertium possessorem potest via exequutiva procedi. Unde omnino dicendum est, hoc esse speciale jus exorbitans a regulis juris.

III. Quoties debitor census vendit rem censitam, sive voluntate, sive necessitate, dominus census, seu censualista præfertur in emtione omnibus aliis, dummodo venditori pretium offerat in pecunia numerata, Seraph. *dec.* 474. *n.* 4. Gratian. *discept. fo. renf. cap.* 955. *n.* 36. Unum tamen excipe casum, ut scilicet non præferatur ei, qui ratione viciniæ jus protomiseos, seu congrui habet, Marin. 1. *resol.* 232. *num.* 6.

Nunc de exceptionibus, quæ possunt opponi contra petentem censum vigore instrumenti. Quamvis enim ex *pragm.* 1. *de censibus*, habeatur, nullam posse opponi hoc casu exceptionem, id tamen a DD. intelligitur de exceptione, quæ frivola sit, non etiam de gravi, & liquida, ut in Ritu M. C. 166. ubi Capav. *num.* 46. Marin. *resol.* 191. *n.* 14. Probant id ex *l. si is a quo ff. ut in possessionem legatorum*, ubi Judex eam exceptionem rejicere jubetur, quæ per calumniam opponitur, non etiam eam, quæ magni momenti est.

Itaque præter exceptionem realis solutionis, potest I. liquida compensatio opponi, ut si petenti censum ex instrumento censuali opponatur, a reo convento totidem centum pure deberi. Franch. *dec.* 521. Affl. *decis.* 121. & quamvis Ursill. ad *decis.* 381. *num.* 4. dicat, se nunquam instrumenti censualis exequutionem potuisse impedire per oppositionem compensationis, id tamen videtur intelligendum, quoties per debitorem exceptionis renunciatum sit ex eodem Affl. *d. dec.* 381.

II. Potest exceptio doli, & quod metus causa opponi, Anchar. in *cap. canonum statuta q.* 4. *de constitutionibus*.

III. Si quis pro censu convenitur, sit tertius rei censitæ possessor, potest contra creditorem agentem opponere exceptionem cedendarum actionum, ut scilicet sibi creditor cedat actionem, quam habet contra principalem debitorem, ut ipse conventus deinde possit census, quos solvit, recuperare ab eo, a quo rem accepit, Milanens. *lib.* 2. *decis.* 1. *n.* 3.

IV. Si actor, creditor census ingressus fuerit viam ordinariam, potest contra eum opponi, ne variet, & exequutive via Ritus agat, ex regula, quod via ordinaria facit, ut cesset via exequutiva, Alex. in *l.* 4. §. *condemnatum ff. de re judicata*.

V.

V. Si debitor annui census fuerit in mora solvendi, ex qua contractus resolvatur, potest peremta solutione moram purgare, maxime ex æquitate juris Canonici, Salyc. in *l. magnam C. de contrah. stip.* Quod intelligas, nisi ei purgationi fuerit jurejurando renunciatum, Marin. 1. *resol.* 271. *num.* 6. Ceterum, si jam fuerit resolutus contractus, nulla moræ purgatio admittitur, Grat. *discept. forens. cap.* 788. *num.* 31. de Ponte *cons.* 67. *num.* 5.

VI. Quoties res pro censu hypothecata ad plures perveniat heredes, tunc jure communi inspecto, quilibet heres potest opponere, ne in solidum conveniatur, sed quilibet pro parte sua, seu pro rata; nam promissore pecuniæ certæ obeunte, ea a singulis heredibus divisim, pro hereditaria portione peti debet, scilicet quia pecunia res dividua est, *l. in executione in princ. ff. de verb. oblig.* Non ita tamen est in regno nostro, ubi vigore pragmaticæ quilibet heres in solidum conveniri potest, Marin. 1. *resol.* 13. *num.* 4. Foller. in *praxi v. hujusmodi*.

VII. Legatarius rei censitæ, si sit testatori sanguine, vel affinitate conjunctus, potest contra censualistam opponere, ut se dirigat contra heredem; quippe ex affectu, qui ex ea conjunctione oritur, censetur testator rem ei liberam ab onere reliquisse, ut docent Grat. *discept.* 611. Menoch. *de arbitr. casu* 146. *n.* 1. Tiraq. *de priv. piæ causæ* 66. Surd. *dec.* 298. *num.* 10. Secus est de legatario extraneo, qui ad onera rei legatæ ipse tenetur, cum judicetur ei testator non reliquisse, nisi quod in re legata ipse habuit, *l. servi §. fin. ff. de legat.* 1. Surd. idem *dec.* 11. *n.* 10.

Excipe tamen, cum res legata exhauritur a censu; quippe tunc ne inutile reddatur legatum, heres obligatur vel rei æstimationem legatario solvere, vel rem liberare, Marinis 1. *resol. num.* 2. Vivius 2. *comm. opin. concl.* 448.

Illud notandum, non posse legatarium conveniri pro tertiis antecedenter decursis ad mortem usque testatoris: quod quidem onus heredis est, quippe legatarius obligatur solum ad eas tertias solvendas, quæ post testatoris mortem maturescunt, Franch. *dec.* 13. Marin. 1. *resol.* 10. *n.* 5.

VIII. Contra creditorem judicium assistentiæ moventem, potest reus conventus excipere, ne agat via executiva personali; sed tantum reali; assistentia enim, utpote judicium possessorium, rem ipsam afficit, ut decisum testatur Rovit. ad *pragm.* 1. *num.* 20. *de censibus.*

CAP. VIII.

De extinctione Census.

HActenus de origine, & progressu visum est, nunc quia nihil sub sole perpetuum, necesse est, ut dicamus de modis, quibus census solvitur, seu extinguitur.

I. Itaque extinguitur census, peremta re in qua ipse est constitutus, tum ex constitutione Pii V. tum ex natura hujus contractus; quippe census realis, de quo nunc loquimur, onus quoddam reale est, cohærens & affixum rei, ut propterea fortunam fundi sequatur: quod in aliis oneribus realibus, ut tributis, servitutibus, & canone emphyteutico videmus, Clem. 1. *de censibus*, Gutierez 2. *pract. quæst.* 187. *num.* 7. Sarmiento 7. *select.* 1. *n.* 31. Gratian. *cap.* 654. *num.* 8. contra Felician. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 19. & Covar. 3. *var.* 7. *num.* 5. qui existimant censualis contractus obligationem esse proprie personalem, & rem supponi illi obligationi tamquam per modum pignoris, & hypothecæ, qua etiam destructa, remanet tota debitoris obligatio: cui obligationi facile occurritur, si meminerimus hypothecam census esse irregularem, quæ extincta ipsam etiam obligationem perimit.

Gibalinus tamen *art.* 23. *num.* 1. pro componendis dissidiis ait, DD. qui contendunt, peremta re censita, censum manere, esse intelligendos non quidem de censu reali; sed personali & misto; tunc enim obligatio præstandi pensionem adhæret personæ, non rei, quæ solum illi per modum pignoris & hypothecæ regularis supponitur: propterea hypotheca pereunte, manet totum debitum & obligatio illud solvendi in debitore, & jus exigendi in creditore. Atque non alio modo constitui census in Hispania notat Ferdinandus a Castro, *disp.* 6.

de just. punct. 31. *num.* 3. quod & moribus Gallicis receptum esse testatur cit. Gibal. *num.* 3.

Perire vero hic est, cum res penitus destruitur, veluti si domus corruat, non etiam si ejus usus impediatur, uti interdum sumitur id verbum in jure nostro; *l. si constante ff. sol. matr. l. cum unus* §. *fin. ff. de bonis auct. Judicis possid.* Molin. *disp.* 391. *num.* 3.

Ubi domus censita corruit, si eam dominus eodem in solo iisdem ex lapidibus reparet, non propterea census reviviscit, quia jam est alia domus ab ea, quæ destructa fuerat, & censui subjecta. Et patet ex simili in usufructu, nam si navis, ubi dissoluta fuerit, ex iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restauretur, usufructus tamen extinctus est: secus vero si per partes reficiatur. Quod idem in domo restituta est, *l.* 10. §. *in navi ff. quibus modis ususfructus amittatur*, *l.* 83. §. *sacram ff. de verb. oblig.* Leotard. *q.* 57. *a num.* 56.

Idipsum de vinea, quæ radicitus frigore exaruit, itaut denuo implantata fuerit, docet Ugolin. *de usur. cap.* 45. §. 15. *num.* 2. nam si tota, & integra renovanda, & recreanda fuit, utique interiit census; fit enim jam alia vinea: secus vero, si aliquæ tantum vites implantatæ denuo sint, aut si sensim, & per partes vinea fit renovata; tunc enim manet eadem vinea, & propterea census debetur, argumento ex *l. proponebatur ff. de judiciis*, ubi partibus commutatis eadem res existimatur; nam & populus idem hoc tempore esse putatur, qui ab hinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc vivat: & sacra Deli navis, licet adeo sæpe refecta fuerit, ut nulla tabula eadem permaneret, quæ non nova fuisset, tamen eadem fuit existimata. Quod etiam Alphenus in *d. l.* probat ex absurdo; nam, ait, si quis putaret, commutatis, aliam rem fieri, sequeretur ut ex eadem ratione nos ipsi non iidem essemus, qui ab hinc anno fuimus: propterea quod ex quibus particulis minimis (atomos recte interpretatur Accursius) consistimus, eæ quotidie ex nostro corpore decedunt, aliæque extrinsecus in earum locum accedunt. Quapropter cujus rei species eadem consistit, res quoque eadem existimatur. Non tamen sine ratione animadvertit Leotard. *d. q.* 57. *num.* 54. censum istum non vineæ, aut vitibus dumtaxat, sed ipsi etiam solo, in quo consitæ sunt, imponi, ideoque evulsis vitibus, si ex solo fructus adhuc aliqui colligi possunt, censum ea ex parte remanere, ut mox clarius patebit.

At si res censita dolo, & culpa censuarii destructa sit, census quidem interit, cum accidens sublato subjecto pereat necesse sit; potest tamen dominus census pretium illius repetere, & quod sua intererit rem censitam fuisse destructam: quæ actio personalis est. Ratio est, quia culpa & dolus censuarii non debet illi favere, illumque in meliori statu collocare, quam esset ante destructam rem censitam, Navar. *de usur. num.* 118. Lessius 2. *de justitia cap.* 22. *dub.* 12. *num.* 9, Gratian. *cap.* 654. Tiraq. *de retract. lignag. in fin. num.* 67. *qu.* 13.

Quæres, an quando censuarius rem censitam cogitur destruere aliqua urgente necessitate, nihilominus cogatur censum præstare maxime si rem eandem restauret, & alio loco reponat? Exemplum esto, molendinum censui subjectum cogitur censuarius destruere ex eo, quod alveum suum flumen mutavit, & ex eadem materia illud iterum in alio loco commodiori collocat. Quæritur ergo, an ex ejus proventibus obligetur censum solitum persolvere?

Negant communiter DD. ex supradicta ratione, quia molendinum, cui impositus fuerat census, dirutum est: & illud, quod recens constructum est, quamvis ex tignis, & mola prioris constructum sit, aliud tamen, & novum est, ut modo diximus de domo, & vinea. Census autem penitus evanescit, destructa re censita, sine dolo & culpa censuarii, Azor. 3. *part. lib.* 10. *de censibus, cap.* 15. Molina *disp.* 394. Scaccia *de commerc.* §. 1. *q.* 1. *a num.* 176.

Excipe I. si dominus molendini potuit mediocribus impensis priorem alveum reficere, & illum ad prius molendinum ducere; nam tunc si illud destruat, quamvis loco commodiori ex eadem materia reædificet, in dolo esse dicetur, ex quo censum persolvere obligatur, argumento ex *l. si certo* §. *si totus ff. de servit. rust.* Leotard. *qu.* 57. *num.* 59.

II.

II. Si molendinum erat, ut dicitur, bannale, seu banderale, quia vicini accolæ obligabantur ad illud molendi causa accedere: quod idem facere coguntur, ubi aut refectum omnino fuit, aut in alio loco fluminis collocatum: quippe tunc revera perstat censu, qui super illis reditibus fuit constitutus. Ita si pontem disjecit fluminis impetus: vectigal tamen, quod transeuntes debent, non perit; nam præstandus est dum navi, quæ pro ponte substituta sit, trajiciunt. Quare & census illi ponti impositus ratione hujus vectigalis, adhuc in navi perseverat, Scaccia *loc. cit. num.* 176. Leotard. *d. q.* 57. *sub finem*.

III. Census extinguitur, quando res censita infrugifera, vel sterilis in totum, vel ex aliqua parte perpetuo facta fuerit; nam perit quoque census in totum, vel ex ea parte. Dicitur autem fundus infructuosus reddi, quando illius status, & substantia ita mutatur, ut amplius ferendi fructibus idoneus non sit, ut si ager flumine, vel mari, vel aquis restagnantibus occupatur; aut si exundantibus aquis glorea, sabulo, & lapidibus obruatur, Molin. *disp.* 391. *num.* 3. Leotard. *q.* 57. *num.* 4. Et habetur in constitutione Pii V. Et ratio est, quia cum ejusmodi fundus ita in perpetuum sterilis factus est, perinde omnino se habet ratione fructuum, & pensionis ex illis colligendæ, ac si funditus periisset. Idipsum ex ususfructu confirmatur, a quo ad censum validum est argumentum per similitudinem, quam inter se habent: atqui mutatione rei, ususfructus amittitur, *l.* 5. *§. rei mutatione*, *l. si ager ff. quibus modis ususfr. amittatur*.

Aliud est, si res censita casu aliquo, nulla facta ejus substantiæ mutatione, sterilescat per unum, vel plures annos; non enim census extinguitur, Molin. *loc. cit. num.* 4. Navar. *de usur. num.* 117. Leotard. *d. q.* 57. *n.* 6. Ita etiam si vi quadam calamitosæ tempestatis fructus pereant, ut ait Ulp. in *l. ex conducto §. si vis, cum seqq. ff. locati*, ubi etiam exempla affert sturnorum, & graculorum, & si raucis, aut herbis segetes corruptæ sint. Raucorum nomine Cujac. 15. *obs.* 28. intelligit ex Plinio vermiculos, qui radices corrodunt, reprehendens Alciatum, qui 7. *parergon.* 5. pro raucis legit erucas. His ergo casibus integra pensio persolvenda est, Lessius 2. *de justitia* 22. *num.* 88. quandoquidem census realis non est jus percipiendi eosdem numero fructus, qui ex re censita nascuntur; alioquin non posset censuarius de illis pro arbitrio disponere; sed est jus percipiendi certum annuum canonem ex aliqua re, quandiu illa manet, & frugifera est, itaut fertilitas aliquorum annorum, aliorum sterilitate compensetur: aliter infinitæ forent lites inter emtores, & venditores horum censuum, Salas *de censib. dub.* 10. *&* Filliuc. *eod. tract. cap.* 2. *num.* 296. *&* 330.

Itaque integra pensio solvenda est die statuta, neque tenetur dominus census debitori dilationem concedere, & expectare, donec ex fructibus annorum subsequentium possit illa sterilitas compensari; quia casus fructuum ad dominum census minime pertinent, Leotard. *d. qu.* 57. *num.* 17. contra Cencium *qu.* 38. & Duard. in *§.* 4. *qu.* 1. *num.* 14. *&* 21.

Objicies ex textu in *l. legatum* 17. *§. vini ff. de annuis, & menstruis legat.* ubi leguntur: *Vini Phalerni, quod domi nasceretur, quotannis, in annos singulos bini cullei*. Respondet vero Labeo, *Etiam pro eo anno, quo nihil vini natum esset, deberi duos culleos, si modo ex vindemia cæterorum annorum dari possit*. Debebit igitur ubertas sequentium annorum expectari, ut illius, quo nihil vini natum fuit, sterilitas compensetur: neque heres prius cogendus erit ad illius anni reditum solvendum: sed ubi feracior fuerit annus, solvet etiam pro præterito anno, ob cujus sterilitatem non fuit soluta pensio. Idem habetur ex *l. inter §. sacram ff. de verbor. obligat.* & *l. Firmio ff. quando dies legat. cedat*.

Confirmatur, quia pensionem reservatam super fructibus beneficii non tenetur præstare beneficiarius eo anno, quo nulli fuere collecti, sed sequenti dumtaxat, dum uberiores proventus fuerint, utramque solvet, Gigas *de pensionib. qu.* 62. *num.* 7.

Respondetur tamen negando paritatem; quia in legato suprapsito, pensione, & similibus, fundus ponitur taxationis gratia, quia ex illius tantum fructibus tenetur heres solvere legatum, & beneficiarius solve-

re

re pensionem: unde merito ex re ipsa sequitur dilatio, & tunc tantum incipit actio adversus eos, cum aut legatum, aut pensio præstari potest: quippe inest ea tacita conditio, si fructus nascantur, *l.* 1. §. *ult. ff. de condit. & demonstr.* Non ita est in censu reali, qui non imponitur fructibus rei censitæ, neque ex ejus fructibus præstandus est: propterea quandiu illa fecunda permanet ex natura sua, licet aliquo casu nullos, vel modicos fructus dederit, debebitur pensio, & census illi impositus, Gibalinus *art.* 24. *num.* 3. *ad finem*.

III. Census extinguitur, quoties debitoris bona, qui solvendo non sit, in S.C. deducuntur, daturque eis curator, & fit creditorum, ut dicitur, graduatio; cujus ea vis est, ut impediat æris alieni incrementum, censumque ipsum cessare faciat, Roccus *to.* 2. *resp.* 27. *n.* 11.

IV. Petita rescissione contractus, illico annuus census extinguitur, ut idem Rocc. docet *loc. cit. num.* 3. Giurba *dec.* 55. *num.* 15. Marescott. 2. *var.* 61. Moventur ex eo, quia per sententiam, qua contractus rescinditur, debitor condemnatur ad census solvendos, qui decursi sunt usque ad litis contestationem. Ex quo apparet, census non deberi usque ad sententiam rescissoriam, sed statim lite contestata cessare, Rovitus ad *pragm.* 1. *de consib. num.* 38.

Alii tamen in contrarium nituntur, docentoque census deberi usque quo contractus per sententiam rescindatur, & rescissionis exequutio fiat, Franch. *dec.* 173. Marcian. *to.* 2. *disp.* 59. *num.* 8. Quæ sententia verior de jure est, quia extinctio census, non potest fieri, nisi tollatur contractus, ex quo debetur; sola autem rescissionis petitio non tollit contractum, sed exigitur sententia; quare per eam solum census extinguitur.

Hinc est, quod in S.C. post conclusum in causa, præcipitur debitori ut solvat tertias decursas, aliter providebitur super rescissione contractus. Ex quibus patet non recte per sententiam debitorem condemnari ad solvendos eos tantum census, qui ad litis usque contestationem decursi sunt, qua praxi se Adversarii tuebantur.

V. Extinguitur census redemtione, quæ a quocumque censuario fieri potest, nisi conventum, sit, ut sit irredimibilis. Quod si fuerint plures ejusdem censuarii heredes, potest quilibet ipsorum cogere dominum census, ut partem, quæ ad ipsum pertinet, revendat, ut probatur ex *l. uxorem* §. *agri ff. de legat.* 3. in ea enim heres gravatus plagam agri vendere Publio, & Cajo, si Cajus nolit emere, tenetur nihilominus heres Publio volenti emere, suam partem vendere; quandoquidem jura defuncti dividuntur inter heredes pro rationibus hereditariis, *l.* 2. *C. de hered. vendit.*

At vero, si ex pacto in contractu censuali apposito, nequeat unus heres suam partem redimere; quin alii heredes concurrant ad eam redemtionem, non poterit illos cogere ad redimendum, Felician. *lib.* 4. *cap. unic. num.* 13.

Objicies ex *l. his consequenter* 18. §. *Celsus ff. fam. ercisc.* ubi habetur coheredem in judicio familiæ ercifcundæ posse agere, ut cogatur coheres solvere, cum alias non sit liberaturus rem creditor, nisi in solidum ei satisfiat. Itaque cum in eo casu coheres possit ceteros coheredes ad solvendum cogere, poterit etiam ad censum redimendum; nam in utroque casu æque interest heredis, tam si solutionem debiti, quam si redemtionem census intentet, ut ceteri coheredes concurrant; cum aliter neque illa debiti solutio, neque census redemtio præstari possit.

Verum longe diversa ratio est inter casum nostrum, & eum, qui in *d.* §. *Celsus* proponitur: in eo enim agebatur de pignore luendo e manibus creditoris, quæ luitio necessaria erat ad judicium familiæ ercifcundæ complendum inter coheredes; nam præter alia defuncti bona, pignus ipsum, aut ejus valor, distribui inter ipsos debebat: nec ea distributio recte fieri poterat, nisi pignus lueretur. Qua urgente necessitate lex cogit coheredes ad reluendum; quoties unus ex ipsis reluere velit. Quæ utique necessitatis ratio non est in casu nostro, ubi coheredes recte possunt sine redemtione census, rem censitam inter se partiri. Et hæc est vera explicatio *d.* §. *Celsus*, quamvis alii dicant ibi agi de re individua: quod gratis omnino affirmatur; nam nihil obstat pignus esse potuisse rem dividuam, vel consistere in pluribus

ribus rebus jam divisis, ut e.g. in annulo, & vase.

Ceterum redemtio census fit restitutione sortis, argumento ex *l. 2. C. de pactis inter emtorem*, Rocc. 2. *resp.* 49. *num.* 1. Boer. *dec.* 182. *n.* 38. ita tamen, ut possit venditor pacisci cum emtore de redimendo censu eo pretio, quo tempore redemtionis æstimabitur: quippe ejusmodi pactum nullam injustitiam continet, præsertim quod æqualis sit contrahentium conditio, cum decrementum valoris æque incertum sit, atque augmentum, Salas *de censib. concl.* 8. *num.* 19. Lessius *de justitia*, *cap.* 22. *dub.* 7.

Cum vero census redimitur, non est necesse, ut Censualista servet solemnitates, quæ in rerum immobilium alienatione servari debent; quandoquidem hæ requiruntur ad alienationem voluntariam, quamque alienans prohibere potest, si velit; non autem ad alienationem necessariam alienanti; qui illam impedire nequit, etiamsi maxime velit, ut patet ex *l. alienationes ff. fam. ercisc. l. peto §. prædium ff. de legat.* 2. At vero census alienatio per restitutionem sortis, seu redemtionem non est voluntaria creditori, neque ab illa impediri potest, quia sequitur ex natura contractus, nisi aliter conventum sit. Ergo non requirit ad sui validitatem solemnitates a jure in alienationibus præscriptas, Rodericus 2. *de reditibus*, *qu.* 15. *num.* 80. Ferdinandus a Castro 6. *de justitia punct.* 27. §. 6. *num.* 2. contra Felicianum *to.* 2. *lib.* 4. *cap.* 7. qui propterea docent, solutionem hanc sortis posse fieri tutori, aut curatori sine decreto Judicis: quia decretum hoc non est necessarium in eo actu, quem pupillus aut minor necessario substinet, *l. a D. Pio §. fin. ff. de re judic. l.* 3. §. 1. *ff. de reb. eorum*.

F I N I S.

IN-

INDEX
COMMENTARIORUM
JURIS CIVILIS
JC. DOMINICI AULISII.

IN-

INDEX
QUÆSTIONUM, CAPITUM, ALIORUMQUE COMMENTARIORUM.

Primus numerus Tomum, secundus paginam, litera a *columnam primam paginæ, litera* b *columnam secundam significant.*

De acquirenda vel amittenda possessione. Tom. I. pag. I.

De verborum obligationibus. Tom. 1. p. 87.

 Facti

De legatis & fideicommissis. Tom. 1. p. 177.

Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur. Tom. 2. pag. 249.

De pignoribus, & hypothecis. Tom. 2. p. 302.

De bonis maternis, & materni generis. Tom. 2. pag. 355.

De officio ejus, cui mandata est jurisdictio. Tom. 2. p. 392.

Quæ-

De edendo. Tom. 2. p. 412.

De transactionibus. Tom. 2. pag. 422.

De vulgari & pupillari substitutione. Tom. 2. pag. 431.

Quæ-

De mora. Tom. 3. pag. 491.

De donationibus. Tom. 3. pag. 515.

De censibus. Tom. 3. pag. 586.

FINIS.

INDEX GENERALIS RERUM ET VERBORUM,

Quæ in his Commentariis continentur.

Prior numerus indicat Tomum, secundus paginam, litera a *primam columnam paginæ, litera* b *secundam columnam.*

A

Age-

E

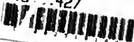
F

I

vel

cen-

FINIS.


R.5 . .427